Jura

Die rechtliche Bedeutung der Vollstreckungsklausel.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt

von

Rudolf Wegener
Referendar in Schwerin i. Meckl.

1930
Buchdruckerei Felix Ploog, Schwerin i. Meckl.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Gliederung.

§ 1. Einleitung.

I. Teil: Die Vollstreckungsklausel in ihrer Beziehung zu den Voraussetzungen des Vollstreckungsrechtes und der Vollstreckungstätigkeit.

a. § 2. Grundsätzliches.

b. Die Klausel als urkundliche Bestätigung der Voraussetzungen des Vollstreckungsrechtes.

aa. § 3. Die Beziehung der Vollstreckungsklausel zur formellen und materiellen Vollstreckbarkeit.

bb. § 4. Die Vollstreckungsklausel als urkundliche Bestätigung der besonderen Voraussetzungen des Vollstreckungsrechtes der § 726 ff. Z.P.O.

c. § 5. Die Vollstreckungsklausel als Voraussetzung der Vollstreckungstätigkeit.

d. § 6. Die Vollstreckungsklausel und die Bedingungen des Beginns der Zwangsvollstreckung.

II. Teil: § 7. Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsrechtsverhältnis.

III. Teil: Die Wirkungen der fehlerhaften Vollstreckungsklausel

a. § 8. beim Mangel des von ihr bezeugten Vollstreckungsrechtes,

b. § 9. beim Mangel eines den gesetzmäßigen Inhalt der Klausel ausmachenden Erfordernisse.

Literatur.

I. Systematische Darstellungen:

1. W. Müller: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes. Berlin 1907.
2. A. Schultze: Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger. Breslau 1891.
3. P. Örtmann: Die Zwangsvollstreckung, in Hellwig's System. Leipzig 1919.
4. R. Falkmann: Die Zwangsvollstreckung. Berlin 1914.
5. A. Wach: Vorträge über die Z.P.O. Bonn 1879.
6. J. Kohler: Zivilprozeß und Konkursrecht, in Holzendorff: Encyklopädie. Berlin 1904.
7. J. Kohler: Archiv für die zivilrechtliche Praxis. Band 72/80.
8. F. Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
9. R. Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Band II. Leipzig 1906.
10. J. W. Planck: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Band II. München 1896.
11. E. Falkenstein: Die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden. Rostock 1903.
12. A. Methner: Gruchot's Beiträge. 40. Jahrgang, 5. Folge, 1896. Unbeschränkt vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels.
13. J. Gmelin: Die Vollstreckbarkeit nach R.Z.P.Recht, Tübingen 1896.
14. Jacobi: Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß, Band Nr. 25.
15. W. Hein: Die Identität der Partei. Berlin 1918.
16. O. Fischer: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechtes. Berlin 1918.
17. Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes. Berlin 1929.

18. Hellwig: Klagerecht und Klagemöglichkeit. Leipzig 1905.

19. Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung. 1909.

20. A. Roeger: Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Dissertation. Leipzig 1929.

21. J. Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. Berlin 1929.

22. H. Walsmann: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Band 54, S. 206 ff.

23. F. Stein: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 3. Auflage, bearbeitet von Juncker. 1928.

II. Kommentare:

L. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Auflage. München 1910.

Petersen-Anger: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Band II. 5. Auflage. 1904.

Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 3. Auflage. Berlin 1914.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 14. Auflage. Tübingen 1928.

Baumbach: Taschenkommentar zur Zivilprozeßordnung. 4. Auflage. Berlin 1928.

I. Teil.

§ 1.

Das geltende Zivilprozeßrecht hat die Zwangsvollstreckung grundsätzlich aus dem unmittelbaren Bereich richterlicher Tätigkeit herausgehoben und besonderen Organen überwiesen, unter Verzicht auf eine contradiktorische, an Beweisführungen gebundene Ausgestaltung des Verfahrens. Dieser im Interesse einer raschen und energischen Durchführung der Zwangsvollstreckung gebotene Verzicht auf eine Kontrolle ihre Berechtigung im Wege contradiktorischer Verhandlung darf aber nicht dahin führen, daß eine die Interessen des Schuldners so außerordentlich berührende Maßnahme wie die Vornahme einer Vollstreckungshandlung auf Grund willkürlicher Behauptungen des Gläubigers erfolgt. Vielmehr hat nur dann der Gläubiger einen Anspruch gegen den Staat auf Betätigung seiner Vollstreckungsgewalt, und ist dieser entsprechend diesem Anspruch nur dann zum Vorgehen gegen den Schuldner berechtigt und verpflichtet, sofern der Vollstreckung begehrende Gläubiger einen vollstreckbaren Titel vorlegt, aus dem sich der zu verwirklichende Anspruch als vollstreckbar ergibt [1] [2].

---

[1]) Hellwig, Klagerecht, Seite 16, definiert diesen gegen den Staat gerichteten Rechtsschutzanspruch als das prozessuale Recht gegen den Staat darauf, daß er durch die dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zugunsten des Rechtschutzberechtigten gegen den Gegner entfaltet, um das Rechtschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen. Eine Untersuchung des in der Literatur geführten Streites über die Existenz eines solchen gegen den Staat gerichteten Anspruchs kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen. Es kann hierauf umso eher verzichtet werden, als dieser Streit im wesentlichen nur auf dem Gebiet des Erkenntnisverfahrens geführt wird, während für das Vollstreckungsverfahren fast ganz allgemein ein Anspruch auf Gewährung des Vollstreckungsschutzes anerkannt wird. Aus der über diese Frage erwachsenen überreichen Literatur sei nur auf die Ausführungen Örtmanns, System, Seite 139 ff., Hellwig a. a. O., und Steins, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Seite 5 ff., verwiesen.

[2]) Vergl. Stein a. a. O., Seite 11 ff.

Die Rechtsordnung geht dabei von der Annahme aus, daß der Anspruch, um dessen Verwirklichung es sich handelt und dem durch Richterspruch oder Parteidisposition die Tauglichkeit zur Vollstreckung in besonderer Urkunde beigelegt ist, besteht und zwar in dem aus dem Titel ersichtlichen Umfange. Ob der Anspruch tatsächlich besteht, das zu prüfen ist nicht Aufgabe des Zwangsvollstreckungsverfahrens als solchen. Denn die Zwangsvollstreckung ist Rechtsverwirklichung, nicht Rechtsentscheidung. Hat sich der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel verschafft, so genügt dies der Rechtsordnung, um ihm zu gestatten, die staatliche Vollstreckungsgewalt zwecks Durchsetzung seines Anspruches gegen den Schuldner in Anspruch zu nehmen, selbst auf die Gefahr hin, daß der Schuldner materielles Unrecht erleidet.

Dieser Satz bedarf indessen einer gewissen Einschränkung. Denn nach der Zivilprozeßordnung eröffnet der Titel allein dem Gläubiger noch nicht den Weg zur Vollstreckung. Das Gesetz hat vielmehr zwischen der Schaffung des Titels und dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren noch ein Zwischenverfahren eingeschoben, das der Kontrolle des Titels dient, bevor er der Vollstreckung zu Grunde gelegt wird. Erst nach einer für den Gläubiger günstigen Erledigung dieses Zwischenverfahrens steht ihm der Weg zur Vollstreckung frei. Dieses Kontrollverfahren ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel.

Bei der Trennung des Vollstreckungsverfahrens vom Erkenntnisverfahren wäre es an sich denkbar, dem Vollstreckungsorgan auch die Prüfung sämtlicher, die Vollstreckung rechtfertigender Bedingungen zu übertragen, also insbesondere auch die Prüfung des von dem Gläubiger vorgelegten Titels. Das französische Prozeßrecht, aus dem das Institut des Gerichtsvollziehers und der Vollstreckungsklausel ihren Eingang in die Z.P.O. gefunden haben, hat diesen Weg beschritten und dem Gerichtsvollzieher die Prüfung sämtlicher Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung überlassen [1]). Aber diesem Verfahren fehlt die innere Angemessenheit. Es

[1]) Über den Begriff der Voraussetzung der Zwangsvollstreckung siehe Seite 12 f.

ist nicht zu verkennen, daß die Prüfung z. B. der Fragen, ob ein ordnungsmäßiger Schuldtitel vorliegt, ob seine Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsfähigkeit gegeben ist, ob die Bedingungen, an deren Eintritt nach dem Titelinhalt die Vollstreckung geknüpft ist, eingetreten sind, gegen wen und für wen im Falle einer Rechtsnachfolge auf Gläubiger- oder Schuldnerseite die Vollstreckung vorgenommen werden muß, über die Befähigung des meistens juristisch nicht durchgebildeten Gerichtsvollziehers hinausgeht. Dieses Bedenken hat dazu geführt, den durch das französische Prozeßrecht vorgezeichneten Weg nicht zu gehen. Nach der Zivilprozeßordnung hat nicht das Vollstreckungsorgan, sondern der Urkundbeamte am Prozeßgericht zu untersuchen, ob der Titel dem die Vollstreckung begehrenden Gläubiger die Exekutionsberechtigung verleiht und für wen und gegen wen er verwendet werden kann, kurz, ob die in der Z.P.O. normierten Voraussetzungen für den gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Gewährung des Vollstreckungschutzes erfüllt sind. Diese Regelung hat auch den Vorzug der Beschleunigung des Verfahrens für sich, da die prüfungsbedürftigen Umstände durchweg in inniger Berührung mit den im Erkenntnisverfahren gewonnenen Ergebnissen stehen und daher von dem Urkundsbeamten des Prozeßgerichtes, dem die Akten in erster Linie zugänglich sind, weit schneller ermittelt werden können als es dem nicht im Besitze der Akten befindlichen Gerichtsvollzieher möglich wäre. Der Gerichtsvollzieher kann aber eine von ihm verlangte Vollstreckungsmaßnahme ohne Kenntnis ihrer sachlichen Berechtigung nicht vornehmen. Die Befreiung des Vollstreckungsorgans von der sich hierauf beziehenden Prüfungspflicht erfordert daher, daß dem Gerichtsvollzieher in irgend einer Form vor Beginn der Vollstreckungshandlung das Ergebnis der dem Urkundsbeamten übertragenen Kontrolle nachgewiesen wird. Dies geschieht durch Vorlage einer über das Ergebnis ausgestellten amtlichen Bescheinigung des Urkundsbeamten, der Vollstreckungsklausel, die nunmehr dem Vollstreckungsauftrage zur Grundlage dient. Der rechtspolitische Grund für die Einführung der Vollstreckungsklausel läßt sich demnach dahin erfassen: erhöhte Sicherheit und Beschleunigung des Voll-

streckungsverfahrens durch weitgehendste und von dem Vollstreckungsorgan leicht übersehbare Formalisierung aller derjenigen Voraussetzungen, von denen die sachliche Berechtigung des Vollstreckungsbegehrens abhängt.

Um den ihr zugedachten Zweck erfüllen zu können, muß die Vollstreckungsklausel im Vordergrund einer jeden Vollstreckungshandlung stehen. § 724 I Z.P.O. bestimmt deshalb: die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils. In Anschluß an diese Bestimmung äußert sich die Z.P.O. in § 725 über Form und Inhalt der Klausel. § 725 lautet: die Vollstreckungsklausel: „vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zweck der Zwangsvollstreckung erteilt —", ist der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen, von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen, Beide Gesetzesbestimmungen weisen darauf hin, daß der Klausel eine doppelte Bedeutung zukommt. Wenn § 724 Z.P.O. zum Ausdruck bringt, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund der Vollstreckungsklausel erfolgt, so ergibt sich daraus, daß das Gesetz mit der Klausel neben den in den §§ 704, 794 Z.P.O. als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung geforderten Titeln eine neue Voraussetzung schafft. Zum anderen folgt aus § 725 Z.P.O., daß die Klausel selber das Ergebnis einer gewissen Prüfung des Urkundsbeamten darstellt, der durch ihre Erteilung urkundlich bestätigt, daß der Vollstreckungstitel nunmehr zum Zwecke der Zwangsvollsteckung verwendet werden kann. Schon diese ganz oberflächliche Prüfung beider Gesetzesbestimmungen führt zu der Feststellung, daß die Klausel einerseits eine Voraussetzung der Zwangsvolltreckung bildet, andererseits gewisse Voraussetzungen als gegeben urkundlich bestätigt. Mit Rücksicht auf dieses vorläufig gewonnene Ergebnis wird man die nähere Untersuchung über die Bedeutung der Klausel bis zur Klarstellung des Begriffes der Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen zurückstellen müssen.

Die Zwangsvollstreckung ist, abgesehen von einigen wenigen Resten der Selbsthilfe, Betätigung der Staatsgewalt. Der Staat aber entfaltet im Vollstreckungs-

verfahren ebenso wie im Erkenntnisverfahren seine Zwangs- resp. Entscheidungsgewalt nur dann, wenn der erbetene Rechtsschutz in der vom Gesetz vorgeschriebenen Art und Weise verlangt wird und weiter, wenn er mit Recht verlangt wird. Für beide Verfahrensarten ergeben sich hiernach zwei Gruppen von Voraussetzungen, die formalen und sachlichen Voraussetzungen, die im Erkenntnisverfahren als Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzungen bezeichnet werden. Die Prozeßvoraussetzungen müssen gegeben sein, damit es überhaupt zur Verhandlung und Entscheidung zur Sache selbst kommen kann, vom Vorhandensein der Rechtsschutzvoraussetzungen hängt es ab, ob der Kläger Anwartschaft auf ein ihm günstiges Sachurteil hat. Eine entsprechende Gruppierung der Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen in Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzungen und zwar in dem Sinne wie im Erkenntnisverfahren ist mit Rücksicht auf die vom Erkenntnisverfahren abweichende Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens nicht möglich. Es gibt hier wenigstens grundsätzlich keine contradiktorische Verhandlung, in der der etwaige Mangel von Prozeßvoraussetzungen gerügt und die Frage der Exekutionsberechtigung des Gläubigers zwischen den Parteien erörtert werden könnte. Es gibt keine nur untersuchende Tätigkeit des Vollstreckungsorgans zur Sache schlechthin, sondern jedes Tätigwerden des Vollstreckungsorgans erfolgt schon mit Notwendigkeit für den Gläubiger und gegen den Schuldner. Deshalb kann bei der Zwangsvollstreckung im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren die Prüfung der Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzungen nicht den Inhalt des Verfahrens bilden, sondern muß schon an dessen Beginn vorgenommen werden. Das Tätigwerden des Vollstreckungsorgans setzt nicht nur die voraufgehende Prüfung aller Formalbedingungen voraus, sondern auch die Untersuchung der sachlichen Berechtigungdes Vollstreckungsbegehrens und zwar die Prüfung der hierüber von dem Urkundsbeamten erteilten Vollstreckungsklausel. Diese Untersuchung, ob der die Vollstreckung verlangende Gläubiger auch exekutionsberechtigt ist, ist dann aber ebenso Vorbedingung der Vollstreckungstätigkeit, wie die Untersuchung der formalen Bedingungen, mit anderen Wor-

ten, die Rechtsschutzvoraussetzungen sind insoweit selber Prozeßvoraussetzungen [1]). Dennoch ist freilich, wie schon angedeutet, auch bei der Zwangsvollstreckung ein tiefgreifender Unterschied zwischen den einzelnen Voraussetzungsgruppen festzustellen. Denn offenbar ist doch die Frage, unter welchen Bedingungen der Vollstreckungsbetrieb selber in Gang gesetzt und durchgeführt werden muß, wesentlich verschieden von der Frage, wann der Gläubiger vom Staat die Verwirklichung seiner Rechte durch staatlichen Zwang verlangen kann, mit anderen Worten, auf welcher Grundlage, für und gegen wen, in welchem Umfange vom Staate eine Vollstreckung begehrt werden kann. Die Durchführung des staatlichen Zwanges erfolgt in einem auf Antrag des Vollstreckung begehrenden Gläubigers eingeleiteten Verfahren, das trotz des durch den Mangel der contradiktorischen Verhandlung begründeten Unterschiedes vom Erkenntnisverfahren in den Grundzügen diesem entspricht. So spielt sich das Vollstreckungsverfahren auch zwischen zwei Parteien ab, bei denen entsprechend dem Erkenntnisverfahren die Voraussetzungen der Partei- und Prozeßfähigkeit erfüllt sein müssen. Als weitere formale Voraussetzungen sind auch für das Vollstreckungsverfahren die Zuständigkeit und die Zulässigkeit des Rechtsweges zu nennen. Mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung der Vollstreckung, die grundsätzlich die contradiktorische Verhandlung nicht kennt, sondern auf den sofortigen Zugriff gegen den Schuldner abgestellt ist, tritt neben den oben genannten allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen eine Gruppe von Bedingungen, die jener Eigenart der Vollstreckung Rechnung tragen und sich nur im Vollstreckungsverfahren finden, die Vollstreckungsklausel, sowie die Bedingungen des Vollstreckungsbeginns der §§ 750 ff. Z.P.O. Alle diese sich nur auf die Vollstreckungstätigkeit be-

[1]) Es ist deshalb nicht ganz genau, wenn Stein, Grundriß, § 128 I, in zu enger Anlehnug an die Begriffe Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzung in ihrer aus dem erkennenden Verfahren entnommenen Bedeutung bei der Zwangsvollstreckung zwischen den Voraussetzungen der Zulässigkeit des Verfahrens und denen der Zulässigkeit des Zwanges unterscheidet. Denn nach obigen Ausführungen begreift die Zulässigkeit des Verfahrens auch schon die Zulässigkeit des Zwanges in sich. Wie im Text Ortmann, System, Seite 158 ff.

ziehenden Voraussetzungen sollen in der folgenden Darstellung kurz als die Voraussetzungen der Vollstreckungstätigkeit bezeichnet werden, während der Kreis der Bedingungen, von denen die Exekutionsbefugnis selbst abhängt, die Voraussetzung des Vollstreckungsrechtes umfaßt [1]).

Nach dieser kurzen Klarstellung des Begriffes der Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen ist nunmehr zunächst die grundsätzliche Frage zu behandeln: in welchen Beziehungen steht die Klausel zu den Zwangsvollstreckungtvoraussetzungen?

§ 2.

Das gegen den Staat gerichtete Recht auf Gewährung des Vollstreckungsschutzes erlangt der Gläubiger erst, wenn die in der Z.P.O. hierüber normierten Voraussetzungen erfüllt sind, also regelmäßig erst durch die vollstreckbare Verurteilung des Schuldners, daneben aus einer Reihe anderer Titel, z. B. dem gerichtlichen Vergleich, den vollstreckbaren Urkunden, Vollstreckungsbefehlen u. a. m., vgl. § 794 Z.P.O. [2])

Aber wenn § 724 Z.P.O. vorschreibt, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund eines Titels erfolgt, der mit der Vollstreckungsklausel versehen ist, so könnte

---

[1]) Diese Bezeichnungen werden auch von Örtmann, System, S. 159, gewählt und haben gegenüber den von Stein, Hellwig und anderen Autoren gebrauchten Bezeichnungen, wie Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzungen, den Vorzug, daß eine Identifizierung mit den Begriffen Prozeß- und Rechtsschutzvoraussetzungen im Sinne des Erkenntnisverfahrens vermieden wird.

[2]) Nach überwiegender Meinung ist die notwendige Unterlage des Vollstreckungsanspruches einzig und allein im Titel zu finden und nicht daneben im materiell rechtlichen Anspruch oder gar allein in diesem Anspruch. So z. B. Müller, S. 12 ff., Hellwig, Klagerecht, S. 17 ff., Stein, Grundfragen, S. 5. Die Frage ist jedoch umstritten, vergl. Örtmann, S. 188 ff., der eine erschöpfende Darstellung über den Stand dieser Streitfrage ergibt. Auf ihre Erörterung kann zunächst in diesem Zusammenhang verzichtet werden, da es hier nur darauf ankommt, ob die Vollstreckungsklausel den Vollstreckungsanspruch irgendwie beeinflußt, mag er sich nun auf den Titel allein oder auf Titel und materiell rechtlichem Anspruch gründen. Die Frage wird jedoch unten Seite 18 in anderem Zusammenhang behandelt werden.

es den Anschein erwecken, als ob die Klausel den Titel soweit verstärkt, daß er erst nach Klauselerteilung dem Gläubiger den gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Vollstreckungsschutz gewährt. Oder noch weitgehender: Nicht der Titel, sondern die Vollstreckungsklausel ist in Wirklichkeit die wesentliche Voraussetzung jeden Vollstreckungsanspruches.

Eine solche Annahme wäre unhaltbar. Sie würde in ihren Folgerungen darauf hinauslaufen, daß ein möglicherweise untergeordnetes Organ, der Urkundsbeamte, durch formlose Entscheidung und zwar durch die Klauselerteilung der Partei die Exekutionsberechtigung gewährt. Man denke sich beispielsweise, der Urkundsbeamte erteilt die Klausel auf einen privatschriftlichen Vertrag, in dem sich der Schuldner der Vollstreckung unterwirft, oder auf ein Landgerichtsurteil, das noch nicht verkündet ist oder noch nicht alle Unterschriften der erkennenden Richter trägt. Er setzt die Klausel auf ein vorläufig vollstreckbares Urteil, daß durch eine nachfolgende Entscheidung bereits wieder aufgehoben ist. In allen diesen Fällen müßte die Tatsache der Klauselerteilung die Wirkung äußern, daß der Partei ein Vollstreckungsrecht gewährt wird, obwohl ihr aus dem im Rechtssinne gar nicht vorhandenen resp. unvollständigen Titel ein Recht auf Zwangsvollstreckung nicht zustehen kann, resp. ihr ein solches Recht durch die spätere gerichtliche Entscheidung geradezu abgesprochen worden ist [1]).

Es ließe sich mit der Natur des Vollstreckungsanspruches auch nicht vereinbaren, die Vollstreckungsklausel als eine seiner Voraussetzungen zu werten. Der Inhalt des Vollstreckungsanspruches geht ja dahin, daß der Vollstreckungsgläubiger vom Staate den Vollstreckungsschutz verlangen kann, sobald die hierfür im

---

[1]) Auch Örtmann, S. 163, vertritt diese Anschauung und hält das Verfahren, daß auf Grund einer ohne ordnungsmäßigen Titel erteilten Klausel vorgenommen wird, für sachlich unzulässig. Eine ganz andere Frage ist es, inwieweit der Mangel des Titels das Verfahren in formaler Beziehung beeinflußt. Darüber wird an anderer Stelle, III. Teil, § 8, zu handeln sein, ebenso über die Frage, welche Wirkungen sich an die ohne ordnungsmäßigen Titel, aber mit ordnungsmäßiger Klausel vorgenommenen Vollstreckungsakte knüpfen.

Gesetz normierten Voraussetzungen erfüllt sind, also regelmäßig sobald er die vollstreckbare Verurteilung des Schuldners erstritten hat. Da dem Gläubiger aber der Weg zur Vollstreckung erst offen steht, falls sein Vollstreckungsrecht durch die Klauselerteilung authentisch festgestellt ist, wäre sein ganzes Vollstreckungsrecht illusorisch, falls es im Belieben des Staates stände, die Klausel zu verweigern oder zu erteilen. Soll der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers und die dementsprechende Vollstreckungspflicht des Staates überhaupt einen Sinn haben, muß notwendigerweise der Staat zur Klauselerteilung verpflichtet sein, falls der Gläubiger nach dem Gesetze exekutionsberechtigt ist. Und es ist ja auch tatsächlich so, daß der Urkundsbeamte die Klausel erteilen muß, sobald sich der Gläubiger durch Vorlage eines ordnungsmäßigen Vollstreckungstitels, gegebenenfalls durch Erbringen der ihm in den §§ 726 ff. Z.P.O. auferlegten Nachweise oder durch eine begründete Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel über sein Vollstreckungsrecht genügend ausgewiesen hat [1]). Hat aber der Gläubiger schon kraft seines Vollstreckungsrechtes ein Recht auf die Klausel, so wäre es widersinnig, die Klausel ihrerseits als eine Voraussetzung jenes Vollstreckungsrechtes aufzufassen [2]).

Da demnach die trotz ordnungswidrigem Titel erteilte Vollstreckungsklausel der Partei kein Vollstreckungsrecht gewährt, kann ihr insoweit zweifelsfrei keine rechtsgestaltende Bedeutung beigelegt werden. Ihre Bedeutung für das Vollstreckungsrecht ist vielmehr eine nur rein deklaratorische. Es ist einleitungsweise bereits darauf hingewiesen, daß die Z.P.O. in § 725 die

---

[1]) Herrschende Ansicht. Aus der in § 727 Z.P.O. gewählten Wendung: kann erteilt werden —, darf nicht gefolgert werden, daß die Klauselerteilung irgendwie vom freien Ermessen des zur Erteilung berufenen Organs abhänge.

[2]) Örtmann, S. 201, dagegen meint, daß sich das Recht auf die Klausel nicht aus dem Vollstreckungsrecht ableiten ließe, weil die Klausel ihrerseits vielmehr erst eine unerläßliche Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Vollstreckungsrechtes schaffe. Allerdings kann die Vollstreckung nur mit der Klausel durchgeführt werden, aber damit ist doch nicht widerlegt, daß für ihre Erteilung ausschließlich die Exekutionsberechtigung des Gläubigers maßgebend ist. Woraus sollte sonst das Recht auf die Klausel abgeleitet werden? Wie im Text Hein, Identität der Partei, S. 120.

Vollstreckungsklausel als ein urkundliches Zeugnis über die Verwendbarkeit des Vollstreckungstitels auffaßt, und es sind auch schon die rechtspolitischen Erwägungen behandelt worden, die mit Rücksicht auf die Vorbildung der Gerichtsvollzieher dahingeführt haben, ihnen die Prüfung der Berechtigung eines Zwangsvollstreckungsbegehrens zu entziehen, um ihnen statt dessen einen authentischen Nachweis über die Verwendbarkeit des Titels in Gestalt der Vollstreckungsklausel an die Hand zu geben. Die Bedeutung der Klausel nach der Vorschrift des § 725 Z.P.O. erschöpft sich darin, daß sie die urkundliche Bestätigung der Bedingungen des Vollstreckungsrechtes oder mit Kohler [1]): „die garantierende Form für die Richtigkeit dieses Rechtes" bildet. Demnach hat der Urkundsbeamte vor der Erteilung der Klausel nicht nur die Rechtskraft des Urteils oder die vorläufige Vollstreckbarkeit zu prüfen, sondern auch seine Vollstreckungsfähigkeit [2]) und insbesondere auch die Identität der Personen, für und gegen welche die Klausel begehrt wird, mit den im Titel genannten Parteien. Bei einem Subjektwechsel sind bezüglich der Rechtsnachfolge in den §§ 727 ff. Z.P.O. besondere Bestimmungen für die Klauselerteilung getroffen. Vor Erteilung der Klausel bedarf es ferner nach § 726 Z.P.O. eines Urkundenbeweises, wenn nach dem Inhalte des Urteils die Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt [3]). Die Schaffung der Vollstreckungsklausel hat aber nur dann Sinn, wenn sie alle Voraussetzungen des Vollstreckungsrechtes als erbracht garantiert. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann sie dem Vollstreckungsorgan einen vollständigen Nachweis über die sachliche Berechtigung des Vollstreckungsbegehrens

---

[1]) Kohler, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 72, S. 36.

[2]) Darüber weiter unten S. 28 ff.

[3]) Daß für die theoretisch ebenfalls hierher gehörenden Fälle der Verurteilung Zug um Zug und der kalendermäßigen Befristung des Anspruches im Interesse der Einfachheit die Prüfung dieser — sachlichen — Bedingungen dem Vollstreckungsorgan zugewiesen ist, tut der Regel keinen Abbruch, daß grundsätzlich die Prüfungen der Bedingungen des Vollstreckungsrechtes dem zur Klauselerteilung berufenen Organ obliegt. Darüber im Zusammenhang weiter unten.

liefern. Aus der sich demnach auf alle sachlichen Vollstreckungsvoraussetzungen beziehenden Prüfungspflicht des Urkundsbeamten folgt wiederum, daß der materiellrechtliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner keine Grundlage des Vollstreckungsrechtes sein kann [1]). Würde die notwendige Grundlage des Vollstreckungsrechtes nicht im Titel, sondern auch daneben im materiell-rechtlichen Anspruch, oder gar ausschließlich in diesem Anspruch zu finden sein, so müßte folgerichtig das zur Erteilung der Vollstreckungsklausel berufene Organ sich erneut mit der Prüfung des materiell-rechtlichen Anspruchs beschäftigen und ihn auf seine Existenz und seinen Umfang untersuchen. Dies wäre ein unmögliches Ergebnis. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Prüfungspflicht die Aufgaben der Rechtsentscheidung, die dem erkennenden Gericht vorbehalten ist, in die Vollstreckungsinstanz verlagern würde, wäre eine Untersuchung des materiell-rechtlichen Anspruches ohne eine Kontrolle der im Erkenntnisverfahren gewonnenen richterlichen Entscheidung durch ein möglicherweise untergeordnetes Organ, dem Urkundsbeamten, nicht denkbar. Auch praktisch wäre eine solche Untersuchung eine bare Unmöglichkeit. Wie sollte z. B. der Urkundsbeamte bei einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil, das in der ersten mündlichen Verhandlung ergangen ist, die Existenz des Anspruches feststellen können? Aber könnte man nicht sagen, daß alle diese Bedenken einfach dadurch hinfällig wären, weil bei der Klauselerteilung der Anspruch deswegen nicht besonders untersucht zu werden brauchte, weil ja schon der Titel die Feststellung des Anspruches in sich verkörpere? [2]) Mit Recht hat sich Stein, Grundfragen, Seite 11, hier gegen gewandt und darauf hingewiesen, daß selbst ein mit Rechtskraft ausgestattetes Feststellungsurteil über den materiell-rechtlichen Anspruch nach ganz allgemeiner Ansicht keinen Vollstreckungstitel bildet [3]). Es stellt im übrigen ja auch nur fest, daß der Anspruch zur Zeit des Urteils gegeben ist, würde also den Urkundsbeamten bei einer evt.

---

[1]) Siehe Seite 15, Anmerkung 2.

[2]) So z. B. Geib, Rechtsschutzbegehren, Seite 108.

[3]) Darüber näheres in § 3.

Klauselerteilung immer noch mit der erkennenden Untersuchung über sein Fortbestehen belasten. Und daß ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil oder der Prozeßvergleich auch in keiner Weise irgend eine wirkliche Feststellung des materiell-rechtlichen Anspruches enthalten, bedarf wohl nur der Erwähnung. Die völlige Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechtes vom materiell-rechtlichen Anspruch soll indessen nur heißen, daß die Vollstreckung als Staatsakt im Sinne des Vollstreckungsanspruches lediglich auf den Titel und nicht etwa noch auf den Anspruch zurückzuführen ist. Eine ganz andere Frage ist es, ob der Gläubiger, der sein aus dem Titel fließendes Vollstreckungsrecht gegen den Schuldner durchsetzt, ihm damit trotzdem ein materielles Unrecht zufügen könnte [1]). Auf diese Frage kommt es aber in diesem Zusammenhang nicht an, da es sich lediglich um den Nachweis handelt, daß der materiell-rechtliche Anspruch keine Gültigkeitsbedingung der Vollstreckung darstellt, sondern das Vollstreckungsrecht gegenüber dem Anspruch eine prozeßrechtliche Selbständigkeit einnimmt. Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung läuft also darauf hinaus, daß das Recht des Gläubigers auf die Vollstreckung und Recht und Pflicht des Staates zur Vollstreckung weder auf der Vollstreckungsklausel noch auf dem materiell-rechtlichen Anspruch, sondern ausschließlich auf dem Titel beruhen [2]).

Hein [3]) betont ebenfalls, daß es für die Durchführung der Zwangsvollstreckung auf das Bestehen des materiell-rechtlichen Anspruches nicht ankomme, wendet sich aber gegen die These Steins, daß allein der Titel maßgebend sei und zwar mit dem Hinweis darauf, daß im Sinne der von Stein vertretenen Anschauung dem Vollstreckungsorgan die Prüfung des Titels obliegen oder doch wenigstens gestattet sein müsse. Nach dem System des Vollstreckungsrechtes sei aber das Dasein einer formgültigen vollstreckbaren Ausfertigung die notwendige und ausreichende Grundlage des Zwangs-

[1]) Über diese Frage vgl. Stein, S. 18 ff., Hellwig, Klagerecht, S. 24, auch Örtmann, S. 191, insbesondere die eingehende Polemik Heins, Identität der Partei, S. 123 ff. gegen Stein.

[2]) So Stein, Seite 18.

[3]) Identität der Partei, S. 116 ff.

zugriffes, das Nichtdasein des Titels würde für den Zwangszugriff durchaus gedeckt durch die formgerechte vollstreckbare Ausfertigung. Nicht der Titel, sondern die Klausel trüge die Zwangsvollstreckung. Dieser Angriff gegen Stein würde nur dann berechtigt sein, wenn den Ausführungen Steins zu entnehmen wäre, daß der Titel nicht nur die Grundlage des Vollstreckungsrechtes, sondern auch die notwendige Grundlage seiner Durchführbarkeit bilden sollte, mit anderen Worten, daß der Titel ein formales, der Prüfung des Vollstreckungsorgans unterliegendes Erfordernis der Vollstreckung bedeute. Das hat aber Stein schwerlich zum Ausdruck gebracht, wenn er sagt, das Recht des Gläubigers auf die Vollstreckung und das Recht des Staates zur Vollstreckung beruhe lediglich auf dem Titel und nicht auf dem materiell-rechtlichen Anspruch [1]). Die Richtigkeit dieser von Stein und auch in dieser Arbeit vertretenen Anschauung will Hein offenbar auch garnicht bekämpfen. Die sehr krass gewählte Formulierung der von Hein aufgestellten These: „Nicht der Titel, sondern die Klausel trägt die Zwangsvollstreckung" läßt nicht scharf genug erkennen, worauf Hein hinaus will. Aufschluß über den Kern seiner Ansicht bieten vielmehr die vorausgehenden Worte: „Nach dem System des Vollstreckungsrechtes ist aber das Dasein einer formgültigen vollstreckbaren Ausfertigung die notwendige und ausreichende Grundlage des Zwangszugriffes, das Nichtdasein des Titels wird für den Zwangszugriff durchaus gedeckt durch die formgerechte vollstreckbare Ausfertigung. Hein rückt demnach in den Vordergrund, daß die vollstreckbare Ausfertigung die Grundlage für die „Ausübung des Vollstreckungsrechtes" bildet, daß sich die Vollstreckungstätigkeit, der Zwangszugriff selber, nach der vollstreckbaren Ausfertigung bestimmt. Daß die Klausel dem Gläubiger etwa auch einen Vollstreckungsanspruch in dem von Hellwig dargelegten Sinne [2]) gewährt, will Hein aber offenbar nicht behaupten, wenn er Inhalt und Ziel der staatlichen Vollstreckungspflicht lediglich aus dem Titel herleitet und auch das Recht auf die Klausel als Ausfluß des an den

---

[1]) Stein: a. a. O.

[2]) Siehe Seite 1, Anmerkung 1.

Titel geknüpften Vollstreckungsanspruches auffaßt [1]). Ein Recht auf Zwangsvollstreckung und damit ein Recht auf die Ermöglichung der ZV. durch die Klauselerteilung gewährt auch nach Hein's Ansicht ausschließlich der Titel. Ist aber die Klausel erteilt, ob zu Recht oder Unrecht sei vorläufig dahingestellt, so hat sich der Staat gebunden und ist nun verpflichtet, den Zugriffsanträgen des Klauselinhabers Folge zu leisten bis zu einer etwaigen Reaktion des gefährdeten Schuldners. Der Gläubiger, der sich im Besitz einer ohne ordnungsmäßigen Titel erteilten vollstreckbaren Ausfertigung befindet, hat kein Recht auf die Zwangsvollstreckung, wohl aber nach Heins Ansicht — und das ist der Kernpunkt seiner Ansicht — die Möglichkeit, eine Zwangsvollstreckung ins Werk zu setzen und formal ordnungsmäßig bis zur endgültigen Erreichung des Vollstreckungszweckes zu betreiben, sofern nicht der Schuldner die etwaige Unrechtmäßigkeit der Klausel aufdeckt und ihre Beseitigung herbeiführt. Aber ist denn diese Ansicht Heins überhaupt zutreffend? Ist ohne jede Rücksicht auf den Titel die Vollstreckung als Staatsakt formalordnungsmäßig, sofern nur eine ordnungsmäßige Vollstreckungsklausel vorliegt? Hein beruft sich zur Begründung dieser Ansicht mit Recht auf den Zweck der Vollstreckungsklausel. Sie soll dem Vollstreckungsorgan bestätigen, daß das Vorhandensein des Vollstreckungsrechtes des Gläubigers geprüft und festgestellt ist, sie hat also nur dann Sinn, wenn das Vollstreckungsorgan sich nicht mehr mit der Vorgeschichte der Klausel zu beschäftigen und insbesondere nicht mehr die an den Titel geknüpfte Exekutionsbefugnis des Gläubigers zu untersuchen braucht. Würde nun der Titel eine formelle Bedeutung haben, d. h. auch die Vollstreckungstätigkeit selbst bestimmen, so wäre der Gerichtsvollzieher, der ja alle formalen Bedingungen der Vollstreckung zu untersuchen hat, gehalten, den Titel trotz der ihm beigefügten Klausel einer erneuten Prüfung zu unterziehen, obwohl der zur Kontrolle des Titels berufene Urkundsbeamte die Prüfung bereits vorgenommen und urkundlich durch die Klausel-

[1]) Hein, Identität der Partei, Seite 121, 123; vergl. auch oben Seite 17, Anmerkung 2.

erteilung bescheinigt hat. Die Kontrolle der Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers, die ohne die Prüfung des Titels ja überhaupt nicht denkbar ist, soll aber dem Vollstreckungsbeamten gerade durch die ihm vorgelegte Klausel abgenommen werden. Die Ausschaltung des Vollstreckungsorgans bei der Prüfung des Urteils ist der Hauptzweck der Klausel. Dieser Zweck und damit der Sinn der Vollstreckungsklausel wäre völlig verfehlt, wenn sich das Vollstreckungsorgan nach erfolgter Untersuchung des Titels durch den Urkundsbeamten und nach erfolgter Klauselerteilung seinerseits nun doch wieder mit dem Titel beschäftigen müßte. Um eine solche abermalige Prüfung des Titels durch das Vollstreckungsorgan trotz der Klausel ist aber nicht herumzukommen, wenn der Titel ein Formalerfordernis der Vollstreckung bedeutet, d. h. wenn die Vollstreckungstätigkeit des Vollziehungsbeamten von der Ordnungsmäßigkeit des Titels abhängig wäre. Soll demnach die Klausel ihren ihr vom Gesetz zugedachten Sinn nicht vollkommen verlieren, kann dem Titel selber irgend eine Formalkraft nicht beigemessen werden. Er ist deshalb wenigstens grundsätzlich von dem Vollstreckungsbeamten nicht in den Kreis der von ihm zu prüfenden Bedingungen seiner zu entfaltenden Vollstreckungstätigkeit einzubeziehen. Spielt demnach für die Vollstreckungstätigkeit selber die Ordnungsmäßigkeit des Titels keine Rolle, sondern hat sich das Vollstreckungsorgan bei seiner Tätigkeit lediglich auf die vollstreckbare Ausfertigung zu stützen und den Zugriffsanträgen des durch eine ordnungsmäßige Klausel als exekutionsberechtigt legitimierten Gläubigers Folge zu leisten, so kann auch eine Zwangsvollstreckung ohne ordnungsmäßigen Titel ins Werk gesetzt und bis zur Erreichung des Vollstreckungszweckes betrieben werden. Das Vollstreckungsorgan hat kein Recht, etwaige bei der Klauselerteilung übersehene Mängel des Titels zu berücksichtigen und die Vollstreckungstätigkeit in Hinblick auf eine ihm etwa bekannte Ordnungswidrigkeit des Titels einzustellen. Vielmehr ist es nach dem Gesetz Sache des Schuldners, gegen eine solche der Berechtigung entbehrende Vollstreckung vorzugehen und durch Beseitigung der Klausel dem Gläubiger die Möglichkeit zu nehmen, sich weiter auf die Klausel zu

stützen und die Vollstreckung zu betreiben. Vgl. §§ 732, 768, 775 Z.P.O. Wäre tatsächlich auch der Titel für die Vollstreckungstätigkeit von Bedeutung, so hätte wenigstens zunächst sich das Gesetz mit formlosen Einwendungen des bedrohten Schuldners an das Vollstreckungsorgan begnügen können, wenn der Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung schreiten wollte, ohne daß der Klausel ein gültiger Titel entspricht. Der Schuldner würde die Vollstreckung verhindern können, wenn der Gerichtsvollzieher auf diese Einwendung hin die Unzulänglichkeit des Titels feststellt. Das Gesetz hat aber den Schuldner auf einen ganz anderen Weg verwiesen. Er muß eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, durch die die Zwangsvollstreckung auf Grund der Klausel für unzulässig erklärt wird. Erst durch Vorlage dieser Entscheidung kann der Schuldner gemäß § 775 Z.P.O. der auf Grund der Klausel vorgenommenen Vollstreckung entgegentreten [1]). Hein's Ansicht hat sich demnach als gerechtfertigt herausgestellt, wenn er sagt, daß der Zwangszugriff selber, die Vollstreckungstätigkeit, ohne Rücksicht auf die Ordnungsmäßigkeit des Titels lediglich von der ordnungsmäßigen Klausel getragen und gedeckt würde. Ob man aber mit Rücksicht auf die durch die ordnungsmäßige Klausel für den Gläubiger begründete Möglichkeit, die Vollstreckung ins Werk zu setzen und bis zur Lösung des Vollstreckungszweckes zu betreiben, sofern der Schuldner die Geltendmachung der ihm im Gesetz vorbehaltenen Rechtsbehelfe unterläßt, mit Hein die Klausel als die Grundlage der Zwangsvollstreckung ansprechen kann, ist allerdings sehr zweifelhaft. So fehlt es denn auch nicht an Stimmen in der Literatur, die eine solche einseitige Betonung dieses an die Klausel geknüpften formalen Rechtes zur Betreibung der Vollstreckung als übertrieben und als nicht mit der Struktur der Zivilprozeßordnung in Einklang ablehnen [2]). Walsmann weist mit Recht darauf hin, daß nicht nur die Zivilprozeßordnung dem Vollstreckungstitel eine weit größere Bedeutung zuweist, sondern daß es auch eine Reihe Vollstreckungstitel gäbe, wie z. B. der Vollstreckungs-

[1]) Siehe auch unten III. Teil, § 8.

[2]) So Walsmann, Zeitschrift für den Zivilprozeß, Bd. 54, S. 207 ff.

befehl und die Kostenfestsetzungsbeschlüsse, die nicht einmal der Vollstreckungsklausel bedürfen. Auch der Umstand, daß der Titel durch Mitwirkung des Gerichtes oder doch gleichwichtiger anderer Behörden geschaffen werde, während die Klauselerteilung wenigstens grundsätzlich einem untergeordneten Organ obliege, spräche gegen Hein's Auffassung. Insbesondere übersieht aber Hein bei der Aufstellung seiner oben wiedergegebenen These, daß bei einer etwaigen Divergenz zwischen der Klausel und dem Titel jederzeit die Formalkraft der Klausel durch die im Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfe im Interesse des Titels beseitigt werden kann. Das Gesetz will also nicht die an die Klausel geknüpfte formale Befugnis zur Betreibung der Zwangsvollstreckung schützen, sondern den Bestand der Zwangsvollstreckung stets wieder von der Frage abhängig machen, ob der die Vollstreckung betreibende Gläubiger nach dem Titel exekutionsberechtigt ist oder nicht. Außerdem bestimmt ja der Titel, ob die Klausel erteilt werden darf oder nicht, sie steht also in einem ausgesprochenen Abhängigkeitsverhältnis zum Titel. Wenn die vollstreckbare Ausfertigung hergestellt ist, so ist damit nun auch noch nicht ein besonderes Institut geschaffen, das dem Titel als ein völlig neues Gebilde gegenüberzustellen ist. Vielmehr ist das Verhältnis zwischen Titel und Klausel, worauf Walsmann und auch Örtmann [1]) zutreffend hinweisen, nicht dualistisch, sondern monistisch aufzufassen. Die vollstreckbare Ausfertigung ist ja nur der Titel selber in besonderer Gestalt und zwar nur der mit dem Prüfungsvermerk des Urkundsbeamten versehene Titel.

Das oberste Prinzip, dem Vollstreckungsorgan die Prüfung der sachlichen Vollstreckungsbedingungen zu entziehen, darf nicht zu dem Prinzip verallgemeinert werden, daß der Gerichtsvollzieher sich ausschließlich um die Klausel und überhaupt nicht um den Titel zu kümmern habe. Es kann Fälle geben, in denen ein Titel im Rechtssinne überhaupt nicht vorliegt, aber aus Flüchtigkeit oder Unwissenheit von dem zur Klauselerteilung berufenen Organ mit der Klausel versehen ist. Man denke sich beispielsweise, der Urkundsbeamte

[1]) Walsmann, a. a. O., Örtmann, Seite 163.

setzt die Klausel versehentlich auf einen privatschriftlichen Vertrag, in dem sich der Schuldner dem Gläubiger gegenüber der Zwangsvollstreckung unterworfen hat, oder auf eine urteilsähnliche Entscheidung, die ein nicht zur Ausübung der Rechtspflege bestimmtes staatliches Organ, z. B. ein Verwaltungsbeamter, getroffen hat. Es wäre ein unerträglicher Formalismus, wenn das Vollstreckungsorgan dem Zugriffsantrage mit Rücksicht auf die Klausel Folge leisten müßte, obwohl ganz offensichtlich die völlige Unzulänglichkeit eines solchen „Titels" zu Tage liegt. Soll aber die Klausel ihre Funktion erfüllen, nämlich den Titel zur Zwangsvollstreckung tauglich machen, muß sie einen Titel im Rechtssinne notwendig voraussetzen. Auf einen Titel, der überhaupt kein Titel im Sinne der Z.P.O. ist, kann keine ordnungsmäßige Vollstreckungsklausel aufgebaut werden. Die Prüfungspflicht des Vollstreckungsorgans muß sich insoweit auch auf den Titel erstrecken [1]), aber auch nur insoweit, denn anderen Mängeln des Titels nachzuspüren, die sich unter einem äußerlich einwandfreien Titel verstecken, kann nicht Aufgabe des Vollstreckungsorgans sein, soll nicht die Klausel überhaupt ihren Sinn verlieren.

Hiernach ergibt sich folgende Systematik: die notwendige Grundlage des Rechtes auf die Zwangsvollstreckung ist lediglich im Titel und nicht daneben im materiell-rechtlichen Anspruche oder in der Vollstreckungsklausel zu suchen. Die Klausel hat für das Vollstreckungsrecht keine rechtsgestaltende sondern nur deklaratorische Bedeutung. Die Durchführung des Vollstreckungsrechtes, der Vollstreckungsbetrieb, wird grundsätzlich nicht vom Titel, sondern von der Vollstreckungsklausel bestimmt; die Vollstreckung kann ins Werk gesetzt werden, und ist der Vollstreckungsakt formell ordnungsmäßig, auch wenn hinter der Klausel ein ordnungsmäßiger Titel nicht oder nicht mehr steht. Der

[1]) So auch insbesondere Müller, Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes, Seite 36 ff. Auch Örtmann ist im Ergebnis einverstanden, siehe Seite 163. Ebenfalls scheint Stein-Jonas, Kommentar zu § 766 II diese Ansicht zu teilen, wenn er dem Schuldner beim Fehlen des Titels — nicht Mängeln des Titels — nach § 766 die Erinnerung zubilligt. Denn eine Erinnerung ist ja nur da gegeben, wo das Vollstreckungsorgan eine ihm obliegende Prüfung unterläßt.

an die Klausel geknüpfte Vollstreckungsbetrieb kann aber jederzeit, sofern der Titel dem Gläubiger kein Vollstreckungsrecht gewährt, durch die im Gesetz dem Schuldner gewährten Rechtsbehelfe wieder zum Stillstand gebracht werden. Der Vollstreckungsbetrieb ist aber auch dann nicht ordnungsmäßig, wenn äußerlich ein Titel im Rechtssinne überhaupt völlig fehlt. Denn da die Vollstreckungsklausel einen solchen voraussetzt, umfaßt die sich auf das Vorhandensein der formellen Bedingungen beziehende Prüfungspflicht des Vollstreckungsorgans auch mit Notwendigkeit die Prüfung der äußerlich einwandfreien Beschaffenheit des Titels. Insoweit, aber auch nur insoweit ist entgegen der Ansicht Hein's nicht nur die Klausel, sondern auch der Titel formelle Bedingung der Vollstreckung, Voraussetzung der Vollstreckungstätigkeit.

§ 3.

Die Vollstreckungsklausel ist der authentische Nachweis, daß die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen nach dem Gesetz die Berechtigung des Gläubigers zur Inanspruchnahme der staatlichen Vollstreckungsgewalt abhängt. Die Klausel ist zunächst nur dann zu erteilen, wenn der Gläubiger einen Titel vorlegt, durch den ihm nach dem Gesetz die rein formale Befugnis zur Inanspruchnahme der staatlichen Zwangsgewalt zugebilligt wird. Ist dem Titel durch Richterspruch oder Gesetz eine solche rein äußerliche Wirkung beigelegt, spricht man von einer Vollstreckungsreife oder formellen Vollstreckbarkeit des Titels [1]). Den Gegensatz bildetdie Frage nach seiner materiellen Vollstreckbarkeit. Diese Frage, ob der Titel auch tatsächlich seinem Inhalte nach geeignet ist, im Zwangswege verwirklicht zu werden, bildet den Gegenstand einer besonderen Betrachtung [2]). Die Vollstreckungsreife oder formelle Vollstreckbarkeit verkörpert sich in allen nicht nur nach den Vorschriften der Z.P.O. entstandenen vollstreckbaren Titeln, mögen sie sich auf privatrechtliche oder

[1]) So Gmelin, Seite 24 ff.

[2]) Siehe unten Seite 28 ff.

öffentlich-rechtliche Ansprüche beziehen, sondern auch in sämtlichen anderen Titeln, soweit Reichs- oder Landesrecht die gerichtliche Zwangsvollstreckung anordnen [1]). Aus dem Satze, daß die Klausel die formelle Vollstreckbarkeit bestätigt, ergibt sich eine Reihe rein praktischer Einzelfragen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bei Urteilen verschiedener Instanzen. Auf die Darstellung dieser praktischen Fragen kann um so eher verzichtet werden, als sie in den führenden Kommentaren schon eine eingehende Behandlung erfahren haben [2]).

Nicht jeder Titel ist geeignet, im Vollstreckungswege gegen den Schuldner durchgesetzt zu werden. Klagabweisende und Feststellungsurteile bieten dem Gläubiger nicht die Möglichkeit, auf Grund dieser Urteile zwangsweise dem Vermögen des Schuldners Werte entnehmen zu lassen, sofern nicht der Kostenersatz in Frage steht [3]). Wie schon hervorgehoben, betrifft diese Frage nach der Fähigkeit eines Titels zur zwangsweisen Durchsetzung seines Inhaltes die materielle Seite der Vollstreckbarkeit. Ohne formelle Vollstreckbarkeit keine Vollstreckungsklausel! Läßt sich dieser Satz auch auf die materielle Vollstreckbarkeit ausdehnen? Muß also der Urkundsbeamte die Klauselerteilung ablehnen, wenn er bei Prüfung des Titels feststellt, daß es überhaupt nichts zu vollstrecken gibt? Nach § 724 Z.P.O. wird die vollstreckbare Ausfertigung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt. Von einer Zwangsvollstreckung kann natürlich nur da gesprochen werden, wo es sich darum handelt, mit Hilfe der staatlichen Zwangsgewalt eine Leistung des Schuldners zu erzwingen, mag sie in einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestehen. Ordnet der Titel eine solche Leistungspflicht nicht an, ist vielmehr der Kläger mit seiner Klage abgewiesen oder stellt der Titel nur fest, daß ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht oder nicht besteht, so wäre doch, vorausgesetzt, daß nicht ein Kostenersatz in Frage käme, die Zulassung einer Zwangsvollstreckung schlechthin ein Unding. Und

---

[1]) § 704, 794, 801 Z.P.O.

[2]) Vgl. Kommentar Stein-Jonas, § 724, Anm. II, 3.

[3]) Darüber weiter unten Seite 30 ff.

wenn es nichts zu vollstrecken gibt, was soll dann der Gläubiger mit der Vollstreckungsklausel, die ja ihrem Wesen nach ihm gerade die Zwangsvollstreckung ermöglichen soll? Eine vollstreckbare Ausfertigung darf deshalb nur in den Fällen erteilt werden, in denen der Titel materiell vollstreckbar ist [1]). Dieses Ergebnis versteht sich mit Rücksicht auf die Bedeutung der Klausel von selber, ohne daß ein Eingehen auf die Polemik erforderlich ist, die die Z.P.O. durch eine gewisse terminologische Sorglosigkeit über die Begriffe Vollstreckbarkeit und Zwangsvollstreckbarkeit heraufbeschworen hat. Ob man sich dafür entscheidet, daß Vollstreckbarkeit und Zwangsvollstreckbarkeit identische Begriffe sind [2]), oder sich der Ansicht anschließt, die dem Begriffe der Vollstreckbarkeit eine weitere Bedeutung als dem der Zwangsvollstreckbarkeit beilegt und darunter auch alle die Wirkungen eines Titels begreift, die nicht gerade zu seinen zwangsweise herbeizuführenden Folgen zu rechnen sind [3]), das oben gewonnene Resultat bliebe immer dasselbe. Unter den Anhängern der beiden Richtungen besteht auch durchaus darüber Einigkeit, daß die Klausel als eine speziell auf die Zwangsvollstreckung (im „engeren" Sinne der unter 2 geschilderten Auffassung) zugeschnittene Einrichtung nur zu erteilen ist, wenn der Titel einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt hat. Die praktische Bedeutung der ganzen Streitfrage liegt darin, ob alle Urteile, wenn sie auch nicht gerade der zwangsweisen

---

[1]) Fast allgemeine Ansicht, so beispielsweise Müller, Seite 132, Falkmann, Seite 113, Stein-Jonas § 724, II, 3. Andere Meinung Förster-Kann, Kommentar zu § 724, 2 ff., der eine Prüfungspflicht des Urkundsbeamten bezügl. der materiellen Vollstreckbarkeit nicht anerkennt, da die Fragen, die mit der Durchführbarkeit der Zwangsvollstreckung in Zusammenhang stehen, von dem erteilenden Organ nicht zu berücksichtigen seien. Aber es gibt auch auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung ein Rechtsschutzbedürfnis, das zwecks Vermeidung einer überflüssigen Belastung der Rechtspflegetätigkeit gefordert werden muß. Und der Mangel dieses Bedürfnisses beseitigt das sonst aus dem Titel fließende Recht auf die Klauselerteilung.

[2]) Wie besonders Gmelin, Seite 10 ff., Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger, Seite 7 ff., auch Örtmann, Seite 138 ff., annehmen.

[3]) So Stein, Kommentar, Vorbemerkung vor 704 Z.P.O., auch Müller, Seite 21 ff.

Durchsetzung fähig sind, doch mit Rücksicht auf die „weiteren" Urteilswirkungen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können.

Der Satz, daß die materielle Vollstreckbarkeit des Titels als Voraussetzung der Klauselerteilung gefordert werden muß, erleidet durch die Bestimmung des § 894 I 2 Z.P.O. keine Durchbrechung. Hier ist zum Ausdruck gebracht, daß erst mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des den Schuldner gegen Bewirkung einer Gegenleistung zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilenden rechtskräftigen Urteils die Wirkung eintreten kann, daß die Willenserklärung als abgegeben gilt. Man könnte nun annehmen, daß es sich um einen Gestaltungsakt handelt, der begrifflich eine Durchsetzung im Wege der Vollstreckung ausschließt. Die Klausel aber ist zu erteilen, obwohl das Urteil einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt nicht hat! Aber es handelt sich in Wirklichkeit auch in diesem Falle um eine, wenn auch abgekürzte, Zwangsvollstreckung. Ohne auf den in der Literatur über die rechtliche Natur des Urteils nach § 894 Z.P.O. geführten Streit [1]) im einzelnen einzugehen, sei nur darauf hingewiesen, daß das Urteil sich in das typische Gewand eines Leistungsurteils kleidet, wenn es den Schuldner zur Abgabe einer Erklärung, zu einem Tun also, verurteilt. Daß es sich ferner nicht um einen Gestaltungsakt handelt, der ja eine Vollstreckung begrifflich ausschließt, ergibt der § 895 Z.P.O., der ausdrücklich in einem besonderen Falle eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung eines solchen Urteils zuläßt. Und nicht zuletzt spricht für die Auffassung des Urteils als Leistungsurteil der Umstand, daß es in dem Falle des § 894 I 2 seine Wirkung erst entfaltet, wenn die Vollstreckungsklausel erteilt ist.

Wenn bisher betont ist, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel von dem Vorhandensein der materiellen Vollstreckbarkeit abhängt, erhebt sich die praktisch wichtige Frage, ob und inwieweit der Urkunds-

[1]) Manche erblicken in diesem Urteil ein Gestaltungsurteil, andere ein Leistungsurteil, so insbesondere Stein, Kommentar, zu § 894 I, auch Örtmann, Seite 389 ff.

beamte die Entscheidung über die Kosten zu berücksichtigen hat und zwar in den Fällen, in denen dem Urteil in der Hauptsache ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Inhalt fehlt. Sind die Kosten in einem besonderen Kostenfestsetzungsbeschluß (794 2 Z.P.O.) festgesetzt, so erfolgt die Zwangsvollstreckung aus diesem Beschluß, wie in allen anderen gewöhnlichen Fällen auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung dieses Beschlusses. Dabei sind die Kosten selber trotz der ungenauen Bestimmung des § 103 Z.P.O., der für die Festsetzung einen zur „Zwangsvollstreckung geeigneten" Titel verlangt, natürlich auch dann festzusetzen, wenn eine materielle Vollstreckbarkeit des Titels fehlt. Wie sollte sonst beispielsweise der Beklagte bei einem klagabweisenden Urteil die Festsetzung seiner Kosten erreichen? Formelle Vollstreckbarkeit ist selbstverständlich unbedingt erforderlich. Wenn aber der Kostenfestsetzungsbeschluß gemäß § 105 Z.P.O. auf ein Urteil gesetzt ist, das in der Hauptsache einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt nicht hat, und nun die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten betrieben werden soll, ergibt sich die Schwierigkeit, ob die Klausel nach § 795 a Z.P.O. ohne Rücksicht auf die fehlende materielle Vollstreckbarkeit in der Hauptsache zu erteilen ist. Man kann natürlich die Schwierigkeit einfach damit umgehen, indem man in solchen Fällen die Verbindung des Urteils mit dem Kostenfestsetzungsbeschluß für unzulässig erklärt [1]). Stein beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf § 795 a Z.P.O., nach dem die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses im Falle der Verbindung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils zu erfolgen hat. Eine solche könne aber nur von Urteilen mit vollstreckbarem Inhalte erteilt werden. Stein sagt aber selber zu § 795 a Z.P.O., daß Kostenfestsetzungsbeschluß und Urteil nach der Verbindung einen einheitlichen Vollstreckungstitel bilden. Wird aber durch die Verbindung ein einheitlicher Titel geschaffen, der mit Rücksicht auf die Kosten durchaus einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, muß man folgerichtigerweise auch durch Zulassung der Klausel der durch die Vereinheit-

[1]) So Stein-Jonas, Kommentar, § 105 Z.P.O., III, 2.

lichung des Titels begründeten Vollstreckungsfähigkeit seines Inhaltes Rechnung tragen.

Ein Mangel der materiellen Vollstreckbarkeit, also Vollstreckungsunfähigkeit in dem soeben dargelegten Sinne, liegt selbstverständlich dann nicht vor, wenn der Verwirklichung des Urteils nur Hinderungsgründe rein tatsächlicher Art entgegenstehen. Diese außerhalb des Urteils liegenden Umstände, wie z. B. die Unmöglichkeit der im Titel angeordneten Leistung oder die völlige Insolvenz des Schuldners haben deshalb auf die Klauselerteilung keinerlei Einfluß.

§ 4.

Mit der Schaffung des vollstreckbaren Titels ist noch nicht gesagt, daß nunmehr auch schon der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat liquide ist. Der in dem Titel aufgenommene und in bezug genommene Anspruch kann nach dem Titelinhalt noch bedingt oder betagt sein. Er kann z. B. von der Kündigung des Gläubigers oder von der aufschiebenden Bedingung seiner Vorleistungspflicht abhängig gemacht sein. Die Zwangsvollstreckung wird erst zulässig, wenn diese Bedingungen des Vollstreckungsrechtes erfüllt sind. Vor Erteilung der Klausel ist deshalb zu untersuchen, ob durch den Eintritt dieser Bedingungen der Vollstreckungsanspruch liquide geworden ist. § 726 Z.P.O. Die grundsätzliche Regel, daß alle sachlichen Bedingungen der Vollstreckung schon bei der Klauselerteilung zu berücksichtigen sind, ist vom Gesetz aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen nicht inne gehalten worden. Denn es hat die theoretisch ebenfalls hierher gehörenden, an sich sachlichen Bedingungen in den Fällen der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug [1]) und der kalendermäßigen Befristung des Anspruches zu formellen Bedingungen umgestaltet und sie dem Vollstreckungsorgan zur Prüfung überwiesen. Vergl. §§ 726 II, 756, 765 Z.P.O. Von der Bedingtheit des Anspruches ist die Bedingtheit der Vollstreckbarkeit des Titels bei

[1]) Unter-Ausnahme: § 726 II Z.P.O. Hier läuft der Gläubiger mit der Vorleistung keine Gefahr — vgl. § 894 I 2 Z.P.O.

unbedingtem Anspruch zu sondern. Auch in diesen Fällen ist der Vollstreckungsanspruch nach dem Titelinhalte noch nicht liquide und mit Recht hat deshalb § 726 Z.P.O. angeordnet, daß der Eintritt der unbedingten Vollstreckbarkeit des Titels selber schon bei der Klauselerteilung zu berücksichtigen ist[1]). Aber auch diese Regel ist nicht ohne Ausnahme. Wird die Vollstreckung von der aufschiebenden Bedingung der Sicherheitsleistung abhängig gemacht, braucht bei der Klauselerteilung die Bewirkung der Sicherheit nicht nachgewiesen zu werden, sondern ist als formelle Voraussetzung der Zwangsvollstreckung von dem Vollstreckungsorgan zu prüfen[2]), vgl. §§ 726, 751 II Z.P.O. Die Bedeutung der Klausel ist in den in § 726 geregelten Fällen nicht erweitert. Sie hat auch hier nur rein deklaratorische Bedeutung.

Weniger zweifelhaft ist die rechtliche Bedeutung des Klauselerteilungsaktes in den in § 727 ff. Z.P.O. geregelten Fällen. Stein[3]) führt hier u. a. aus: „Die Frage, für und gegen wen der Titel vollstreckbar ist, wird als sachliche Bedingung der Vollstreckbarkeit der Prüfung der Vollstreckungsorgane durch die Vorschrift entzogen, daß der Gläubiger wie der Schuldner in dem Urteil oder in der Vollstreckungsklausel namentlich zu bezeichnen sind. § 750 Z.P.O. Wird daher die Vollstreckungsklausel für oder gegen die ursprünglichen Parteien verlangt, so wiederholt der Urkundsbeamte in der Klausel lediglich die Parteibezeichnung des Urteils. Für und gegen andere Personen, auch wenn sie nach materiellem Rechte berechtigt oder verpflichtet sind, kann die Vollstreckung nur dann erfolgen, wenn sie in der Vollstreckungsklausel benannt sind. Die

---

[1]) Vgl. insbesondere § 16 Mieterschutzgesetz, nach dem die Klausel erst erteilt werden darf, wenn der Gläubiger die Sicherstellung des Ersatzraums für den zur Räumung verurteilten Schuldner nachgewiesen hat. Wann die Beschränkung der Zwangsvollstreckung durch Sicherstellung des Ersatzraums ausgesprochen werden muß vgl. §§ 4, 6 Mieterschutzgesetz.

[2]) Ist die Vollstreckbarkeit nur auflösend bedingt, z. B. dem Schuldner wird nachgelassen, die Vollstreckung abzuwenden, ist natürlich der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers völlig liquide. Der Nachlaß hat deshalb auf die Klauselerteilung keinerlei Einfluß.

[3]) Kommentar Stein-Jonas: 1 zu § 727 Z.P.O. und Anmerkung 4 zu § 727 I Z.P.O.

Klausel wirkt daher in diesem Falle rechtsgestaltend, ähnlich wie das Vollstreckungsurteil. Sie macht den Gläubiger oder Schuldner des Privatrechts zu einem solchen für die Zwangsvollstreckung." Diese Ausführungen Steins bedürfen einer eingehenden Prüfung. Der Hinweis auf die rechtliche Natur des Vollstreckungsurteils aus § 722 Z.P.O., das nach Stein [1]) dem ausländischen Urteil erst die bisher fehlende Vollstreckbarkeit verleiht und daher rechtsgestaltend wirkt, gibt auch Aufschluß, wie Stein die rechtsgestaltende Wirkung der Klausel in den Fällen der § 727 ff. aufgefaßt wissen will. Wie das Vollstreckungsurteil das fehlende Vollstreckungsrecht schafft, so soll auch die Vollstreckungsklausel für und gegen die in § 727 ff. aufgeführten anderen Personen den Vollstreckungsanspruch gewähren. Nimmt man unbefangen den Gesetzestext, wird man schwerlich zu einer solchen Auslegung gelangen können. Wenn in § 727 ff. gesagt ist, daß die Vollstreckungsklausel auch für bestimmte Rechtsnachfolger der Titelparteien erteilt werden kann, sofern die Rechtsnachfolge unter bestimmten Modalitäten nachgewiesen ist, so ist offenbar mit dieser Gesetzesbestimmung nur zum Ausdruck gebracht, daß der Staat seine Vollstreckungsgewalt auch für resp. gegen die im Gesetz bezeichneten Rechtsnachfolger zur Verfügung stellen will und deshalb einen Anspruch auf die Klausel gewährt. Der Vollstreckungsanspruch für resp. gegen die bestimmten Rechtsnachfolger entstünde demnach kraft Gesetzes mit dem Eintritte der Rechtsnachfolge und wäre nur Voraussetzung der Klauselerteilung, würde aber durch die Klausel nicht erzeugt. Wenn letzteres doch zutreffend wäre, wie Stein annimmt, müßte man die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 731 Z.P.O. folgerichtig als Gestaltungsklage auffassen, gerichtet auf Gewährung des noch fehlenden Vollstreckungsrechtes und zwar durch Schaffung der Klausel selber. Aber auch Stein [2]) ist sich darüber klar, daß das auf die Erteilungsklage hin ergehende Urteil die Klausel nicht ersetzt oder etwa selbst schafft, sondern nur ihre Erteilung durch den Urkundsbeamten

---

[1]) Stein a. a. O. I, zu § 722 Z.P.O.

[2]) Stein-Jonas, Kommentar I zu § 731 Z.P.O.

anordnet. Daraus folgt schon, daß der nunmehr vorgenommene Erteilungsakt nicht erst den Vollstreckungsanspruch begründet, sondern auf Grund eines bereits schon vorhandenen und festgestellten Vollstreckungsrechtes erfolgt. Die Sachlage ist auch nicht etwa so zu beurteilen, daß das auf die Erteilungsklage hin ergehende Urteil das Vollstreckungsrecht schüfe. Denn wäre dieses Urteil der Träger des Vollstreckungsrechtes, so müßte es ebenso wie das Vollstreckungsurteil aus § 723 Z.P.O. mit der Klausel versehen werden [1]). Die Klausel wird aber nach dem Gesetz dem ursprünglichen Urteil unter Hervorhebung der Rechtsnachfolge erteilt. Demnach ist der Ansicht über die rechtliche Natur der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zuzustimmen, die diese Klage als prozessuale Feststellungsklage auffaßt, gerichtet auf Feststellung der Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel, weil deren Voraussetzungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht nachgewiesen werden können [2]).

Hiernach ergibt sich folgende Systematik: der Vollstreckungsanspruch besteht für und gegen die im Titel bezeichneten Personen und für und gegen gewisse Rechtsnachfolger. Dieser Vollstreckungsanspruch wird nicht durch die Umstellung der Klausel auf diese Personen erzeugt, sondern entsteht für diese unter den in § 727 ff. normierten Voraussetzungen, also insbesondere mit dem Eintritt der Rechtsnachfolge. Die Klausel bestätigt dessen Eintritt und genügenden Nachweis, schafft aber nicht das Vollstreckungsrecht für resp. gegen die Rechtsnachfolger, hat also insoweit auch nur deklaratorische, keine rechtsgestaltende Bedeutung [3]).

Aber könnte man nicht von einer konstitutiven Bedeutung der Klausel in einem anderen Sinne sprechen?

---

[1]) Beim Vollstreckungsurteil ist nur dieses und nicht das ausländische Urteil der Träger des Vollstreckungsrechtes und muß deshalb mit der Klausel versehen werden. So auch Stein-Jonas, Kommentar IV zu § 722 Z.P.O., Örtmann, Seite 187.

[2]) So insbesondere Örtmann, Seite 203, auch Rosenberg, Lehrbuch, § 182 I, 1 d, Seite 585. Im einzelnen vergl. Roeger, Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel.

[3]) So auch Hein, Identität, II, Seite 11, nach dem die Klausel niemals den Vollstreckungsanspruch erzeugt, ebenfalls Örtmann, Seite 165.

Wenn Stein betont, daß hier die Umstellung der Klausel den Gläubiger oder Schuldner des Privatrechtes zu einen solchen der Zwangsvollstreckung macht und einleitungsweise [1]) darauf hinweist, daß beim Wechseln der nach materiellem Rechte berechtigten und verpflichteten Personen die neu eintretenden nur in bestimmten Fällen Gläubiger und Schuldner der Zwangsvollstreckung werden können und zwar nur dadurch, daß der bisherige Titel auf sie durch die hier konstitutive Vollstreckungsklausel umgestellt wird, so kann das auch besagen, daß grundsätzlich der Titel die Parteieigenschaft für das Vollstreckungsverfahren bestimmt, während in den Fällen der Rechtsnachfolge die Parteibestimmung der Vollstreckungsklausel vorbehalten ist. Das konstitutive Element der Klausel würde demnach in der parteibegründenden Funktion bestehen, indem sie andere Personen als die Titelparteien zu Vollstreckungsparteien macht [2]). Aber kommt nicht jeder Klausel überhaupt eine parteibegründende Funktion zu, wirkt sie nicht in jedem Falle insoweit konstitutiv? Diese Frage soll Gegenstand einer besonderen Untersuchung sein [3]).

§ 5.

Wenn die Klausel ihre Garantiefunktion für das Vollstreckungsrecht erfüllen soll, muß sie im Vordergrund einer jeden Vollstreckungshandlung stehen. § 724 Z.P.O. bestimmt deshalb, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils erfolgt und erhebt damit die Vollstreckungsklausel zur wesentlichsten, von dem Vollstreckungsorgan zu prüfenden Voraussetzung des Vollstreckungsbetriebes. Demnach ist die Klausel die unerläßliche Grundlage eines wirksamen Vollstreckungsantrages des

---

[1]) Stein-Jonas, Kommentar, Vorbem. 4 vor § 704 Z.P.O.

[2]) Dies meint offenbar auch Kohler, Zeitschrift für den Zivilprozeß, Bd. 80, Seite 23 ff., wenn er davon spricht, daß die Aufnahme der Rechtsnachfolge in die Klausel der exekutorischen Funktion des Titels eine neue Richtung gibt.

[3]) Siehe Seite 42 ff.

Gläubigers und jeder Vollstreckungshandlung der zur Vornahme solcher Handlungen berufenen Staatsorgane, also nicht nur des Gerichtsvollziehers, sondern auch des Vollstreckungsgerichtes [1]). Wenn auch für das von diesem betriebene Verfahren die einleitungsweise geschilderten rechtspolitischen Bedenken entfallen, so muß trotzdem daran festgehalten werden, daß die Klausel auch für die gerichtliche Vollstreckung erforderlich ist. Die Stellung des § 724 Z.P.O. im System des Prozeßrechtes, sowie der klare Wortlaut dieser Vorschrift schließen alle Bedenken in dieser Richtung aus. Ist aber die Bedeutung der Klausel für das vom Gerichtsvollzieher und von dem Vollstreckungsgericht betriebene Verfahren die gleiche, so muß sich diese Bedeutung dahin auswirken, daß das Vollstreckungsgericht ebenso wenig wie der Gerichtsvollzieher zur Prüfung der durch die Klausel garantierten Voraussetzungen des Vollstreckungsrechtes berufen ist.

Die Bestimmung des § 795 Z.P.O., die die nur auf das Urteil beziehende Vorschrift des § 724 Z.P.O. auch für die übrigen Schuldtitel für anwendbar erklärt, bringt damit noch besonders zum Ausdruck, was sich schon aus der Bedeutuug der Klausel ohne weiteres ergibt. Denn da die Klausel die Garantie für die Existenz des Vollstreckungsanspruches bietet, muß sie eben überall da gefordert werden, wo aus irgend einem Schuldtitel eine Vollstreckung begehrt wird. Die diesen Grundsatz anscheinend durchbrechenden Bestimmungen der §§ 795 a, 796, 929, 936 Z.P.O., die bei einer Zwangsvollstreckung aus Vollstreckungsbefehlen, den besonderen auf das Urteil gesetzten Kostenfestsetzungsbeschlüssen, Arrestbefehlen und einstweiligen Verfügungen die Notwendigkeit der Vollstreckungsklausel verneinen, erklären sich einfach daraus, daß diese Befehle ihrem Inhalte nach die Vollstreckungsklausel bereits enthalten, und der Kostenfestsetzungsbeschluß von der auf das Urteil gesetzten Klausel mitumfaßt wird. Sobald jedoch aus diesen Befehlen Vollstreckung für resp. gegen andere als die in den Befehlen bezeichneten Personen begehrt wird, ist wiederum die Klausel erforderlich.

---

[1]) Ganz allgemeine Ansicht.

An einer ordnungsmäßigen Abwicklung der Vollstreckung ist das öffentliche Interesse ebenso hervorragend beteiligt, wie an einer gerechten und geregelten Durchführung des Erkenntnisverfahrens. Während hier aber in der contradiktorischen Verhandlung Recht und Unrecht erörtert und klargestellt werden kann, beginnt die Zwangsvollstreckung mit dem Zugriff und wartet ab, ob der Schuldner sich dem Angriffe zur Wehr setzt. Nur die Klausel bietet eine gewisse Gewähr, daß der Gläubiger nach dem Gesetze zur Zwangsvollstreckung berechtigt ist. Das öffentliche Interesse an der Ordnungsmäßigkeit der Vollstreckung verbietet deshalb jede Parteiverfügung über die Klausel, durch die ihre Garantiefunktion irgendwie beeinträchtigt werden könnte. Es muß deshalb jede Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger der Wirksamkeit entbehren, nach der letzterer befugt sein soll, auch ohne Klausel vollstrecken zu lassen. Und ist ohne Klausel überhaupt oder ohne ordnungsmäßige Klausel ein Vollstreckungsakt vorgenommen worden, entbehrt das Verfahren der notwendigsten Grundlage, und kann dieser Mangel nicht dadurch geheilt werden, daß der Schuldner den Mangel nicht rügt oder sich gar ausdrücklich mit der ohne Klausel vorgenommenen Vollstreckung einverstanden erklärt [1]).

Der Vollständigkeit halber sei hier noch darauf hingewiesen, daß die Klausel als formelle Voraussetzung der Vollstreckung selbsverständlich der Prüfung des Vollstreckungsorgans unterliegt. Seine Untersuchung hat sich dabei nicht nur auf die Existenz der Klausel zu erstrecken, sondern auch darauf, ob Form und Inhalt den zwingenden Vorschriften der Z.P.O. genügen. Notwendig ist beispielsweise ein der Vorschrift des § 725 Z.P.O. entsprechender Text, ohne daß es gerade auf den genau vorgeschriebenen Wortlaut ankommt [2]), sowie die Unterschrift des erteilenden Urkundsbeamten, ferner die ausdrückliche Erwähnung der Anordnung des Vorsitzenden oder der Offenkundigkeit oder der

---

[1]) So auch Müller, Seite 133, Örtmann, Seite 206, Stein-Jonas Kommentar, § 724 I, 1.

[2]) So Stein-Jonas, Kommentar zu § 725 I, A. M. Falkmann, Seite 111.

Urkunden in den Fällen der §§ 726 ff., 730 Z.P.O.[1]) Zweifelhaft und streitig ist die Frage, ob das Vollstreckungsorgan auch die Zuständigkeit des zur Klauselerteilung berufenen Organs zu prüfen hat. Man wird dies wohl verneinen müssen, da das Vollstreckungsorgan diejenigen Fehler, die bei der Entstehung einer äußerlich korrekten Klausel mitgewirkt haben, nicht zu berücksichtigen hat. Der Mangel der Zuständigkeit berührt ja nicht die prozeßordnungsmäßig vorgeschriebene formale Fassung der Klausel, sondern betrifft ihre Vorgeschichte[2]).

§ 6.

In Anschluß an die Vorschriften über die Vollstreckungsklausel wird in den Bestimmungen der § 750 bis 752 Z.P.O. eine Anzahl von Umständen aufgeführt, die vorliegen müssen, damit die Vollstreckung beginnen kann, so insbesonders die spätestens gleichzeitige Zustellung des Titels, in den in § 750 II geregelten Fällen auch die Zustellung der Klausel[3]). Daß in diesen Fällen ihre Zustellung erforderlich ist, hat nur die Bedeutung, den Vollstreckungsschuldner über die Vollstreckungsgrundlagen zu unterrichten. Die Vorschrift des § 750 I Z.P.O., nach der die Personen, für und gegen die die Vollstreckung stattfinden soll, in dem Urteil oder in der Klausel namentlich bezeichnet sein müssen, soll das Vollstreckungsorgan nur der Prüfung entheben, für und gegen wen der Titel wirksam ist. Die Untersuchung, ob die im Titel oder in der Klausel bezeichneten Personen mit denen identisch sind, gegen die die Vollstreckung beantragt ist und vorgenommen werden soll, ist natürlich Sache des Vollstreckungsorgans. Ist die

[1]) Nach Artikel VI § 1 des Gerichtsentlastungsgesetzes vom 11. 3. 1921 können die Landesjustizverwaltungen anordnen, daß der Urkundsbeamte die Vollstreckungsklausel ohne Anordnung des Vorsitzenden erteilt. Meckl.-Schwerin hat durch die Anordnung vom 24. 9. 1921 von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.

[2]) A. M. Förster-Kann, Kommentar zu § 724, 3, wie im Text Müller, Seite 134.

[3]) Die umstrittene Frage, ob die in § 750—52 geforderten Umstände zu den Prozeßvoraussetzungen zu zählen sind, und welche Wirkungen die Verletzung dieser Vorschriften hat, gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. S. Müller, Seite 136 f.

Identifizierung nicht möglich, darf die Vollstreckung nicht beginnen. Die Vorschriften der § 750—752 Z.P.O. über den Vollstreckungsbeginn bieten für die Frage nach der Rechtsbedeutung der Klausel keine Besonderheiten. Die vorstehende kurze Betrachtung dieser Bestimmungen mag daher genügen.

II. Teil.

§ 7.

Die Vorstellung, daß der Erkenntnisprozeß nicht nur eine bloße Aufeinanderfolge von Partei- und Gerichtshandlungen, sondern durch Zusammenfassung der durch die Prozeßführung ausgelösten Rechtsbeziehungen eine rechtliche Einheit ist, hat in der modernen Prozeßwissenschaft zu der Annahme eines einheitlichen Prozeßrechtsverhältnisses geführt [1]). Die Rechtfertigung dieser Lehre gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Aber bietet etwa auch das Vollstreckungsverfahren die Möglichkeit seiner einheitlichen Zusammenfassung unter den Begriff eines einheitlichen Vollstreckungsrechtsverhältnisses?

Im früheren Prozeß gehörte die Zwangsvollstreckung in den unmittelbaren Bereich richterlicher Tätigkeit, bildete einen Teil des eigentlichen Prozeßverhältnisses, indem das Prozeßgericht zugleich Träger der Vollstreckungsgewalt war. Im geltenden Recht ist dagegen die Zwangsvollstreckung vom Erkenntnisprozeß losgelöst. Sie dient nicht nur der Vollstreckung von Urteilen, sondern auch anderer Titel, vergl. §§ 794, 801 Z.P.O.; sie kann längst abgeschlossen sein, bevor der Erkenntnisprozeß seine endgültige Erledigung gefunden hat; ihre Durchführung ist den Vollstreckungsorganen übertragen, das Prozeßgericht hat grundsätzlich nichts

[1]) Vergl. statt aller Stein-Jonas, Kommentar § 274 I und Stein, Grundriß, Seite 6 ff. Die Annahme eines solchen Prozeßrechtsververhältnisses ist, wie Stein zutreffend bemerkt, nur ein konstruktiver Behelf, hat nur Lehrwert, da man die Erscheinungen des Prozesses auch ohne ihn begreifen kann. Gegen die Annahme eines solchen Prozeßrechtsverhältnisses, Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, Seite 4.

mehr damit zu tun. Planck[1]) verneint dies und sucht unter Berufung auf die Bedeutung der Vollstreckungsklausel den Nachweis zu führen, daß ebenso wie im gemeinrechtlichen Prozeß auch nach heutigem Recht das Prozeßgericht der Träger der Vollstreckungsgewalt ist. Die von dem Urkundsbeamten erteilte Vollstreckungsklausel ist der Zwangsvollstreckungsbefehl an die Vollstreckungsorgane, also die Anordnung, daß dem die vollstreckbare Ausfertigung vorlegenden Gläubiger von den Zwangsvollstreckungsorganen in der gesetzlichen Weise die Vollstreckung gewährt werden soll. Das von dem Klauselinhaber angegangene Vollstreckungsgericht leistet dem Prozeßgericht nur Rechtshilfe, die Gerichtsvollzieher wiederum sind nur Hilfsorgane des Vollstreckungsgerichts. Mit Recht hat die herrschende Lehre[2]) diese Konstruktion als nicht mit dem Gesetze im Einklang abgelehnt. Könnte man auch den Gedankengängen Plancks, daß der Richter nicht nur Recht zu sprechen, sondern dem Sieger auch zu dem ihm im Urteil Zuerkannten zu verhelfen habe, beim Urteil folgen, so versagen diese Gedankengänge schon dann, wenn es sich um die Vollstreckung aus anderen Titeln, wie z. B. den exekutorischen Schuldurkunden im Sinne des § 794, 4 Z.P.O. handelt. Die Vollstreckungsklausel, also den „Zwangsvollstreckungsbefehl", erteilt in diesen Fällen nach § 797 II Z.P.O. der die Urkunde verwahrende Notar. Nach Planck müßte die Erteilung doch sinngemäß dem Prozeßgericht resp. dessen Urkundsbeamten zustehen. Auch der Umstand, daß grundsätzlich ein untergeordnetes Organ, der Urkundsbeamte, die Vollstreckungsklausel erteilt, spricht dagegen, in dem Erteilungsakt eine so bedeutsame Handlung wie die Übertragung der Vollstreckungsgewalt oder ein an das Vollstreckungsgericht ergehendes Ersuchen um Rechtshilfe zu erblicken. Und nicht zuletzt spricht gegen Planck die Zweckbestimmung der Klausel, die dem Vollstreckungsorgan nur die Prüfung der sachlichen Vollstreckungsvoraussetzungen durch ihre Formalisierung in der Klausel abnehmen sollte. Wäre

---

[1]) Planck, Lehrbuch II, Seite 604 ff., 613 ff., 621 und 623.

[2]) Siehe z. B. Stein, Kommentar zu § 724 I, Anm. 1, Örtmann, Seite 154.

die Erteilung der Klausel der Zwangsvollstreckungsbefehl des mit der Vollstreckungsgewalt ausgestatteten Prozeßgerichts, so müßte sinngemäß die Erinnerung des Schuldners nach § 766 Z.P.O. an das Prozeßgericht und nicht an das Vollstreckungsgericht gehen, wenn die Klausel selbst fehlerhaft wäre, der Gerichtsvollzieher aber trotz der Fehlerhaftigkeit zur Vollstreckung schreitet. Mit Recht weist Örtmann [1]) weiter darauf hin, daß dem Prozeßgericht keine konkurrierende Tätigkeit neben dem Vollstreckungsgericht zusteht, dessen Zuständigkeit nach § 802 Z.P.O. vielmehr eine ausschließliche ist, während doch eine bloße Rechtshilfe des Vollstreckungsgerichts im Sinne Plancks zu einer gegenteiligen Behandlung führen müßte. Nicht einmal die Beschwerde gegen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts geht an das Prozeßgericht. Die Ansicht Plancks von der Vollstreckungsgewalt des Prozeßgerichts und von der Bedeutung der Klausel als Vollstreckungsbefehl findet demnach im Gesetz keine Stütze.

Vielmehr hat die Z.P.O. die Zwangsvollstreckung zu einem vom Erkenntnisprozeß unabhängigen Vollstreckungsprozeß ausgestaltet. Die eingangs aufgeworfene Frage, ob sich entsprechend dem Prozeßrechtsverhältnis des Erkenntnisprozesses auch bei der Vollstreckung die Entstehung, Abwickelung und Beendigung des Vollstreckungsprozesses einheitlich unter dem Gesichtspunkt eines Vollstreckungsrechtsverhältnisses erfassen läßt, ist streitig. Örtmann [2]) verneint diese Frage. Während die Klageerhebung ein Verfahren vor dem bestimmten angegangenen Gericht ergäbe, mit dessen dauernder, durch spätere Ereignisse nicht mehr berührt werdender Zuständigkeit und einheitlich fortlaufend bis zur Erledigung des Prozeßzweckes, sei dies bei der Vollstreckung des modernen Prozesses anders, weil sie nach der Verschiedenheit der dazu dienenden Gegenstände in eine Vielheit von zwar demselben Zweck dienenden, übrigens aber zusammenhanglosen Vollstreckungsakten zerfalle. Örtmann nimmt nur ein besonderes Vollstreckungsverhältnis zwischen dem Gläu-

[1]) Örtmann, Seite 154.
[2]) Örtmann, Seite 156 ff.

biger und dem einzelnen Vollstreckungsorgan an. Aber liegt nicht doch die systematische Gleichförmigkeit mit dem Erkenntnisprozeß zu sehr auf der Hand, als daß die von Ortmann angeführten Gründe nur zur Bejahung eines Prozeßrechtsverhältnisses im Erkenntnisprozeß, aber zu seiner Verneinung für die Zwangsvollstreckung führen könnten? In beiden Prozessen tritt doch der Staat durch seine Organe in prozeßrechtlich geregelte Beziehungen zu zwei Parteien, dem Gläubiger und dem Schuldner, hier wie dort ist dies Verhältnis rein öffentlicher Natur und durchaus von dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen den Parteien zu scheiden, hier wie dort hat die Partei die Möglichkeit, durch Vornahme von Prozeßhandlungen das Verfahren in ihrem Interesse zu betreiben und hier wie dort besteht für den Staat die Verpflichtung, Rechtspflege zu üben. Diese Gleichförmigkeit hat auch in der Tat einzelne Schriftsteller [1]) bestimmt, den Gedanken des Prozeßrechtsverhältnisses des Erkenntnisprozesses auf den Vollstreckungsprozeß auszudehnen. Nach Hein [2]) ist das Vollstreckungsverhältnis ein Ausdruck für die Möglichkeit, daß ein bestimmtes Individium von staatlichen Organen die Vornahme von Zwangshandlungen gegenüber einem anderen Individium verlangen darf. Die Annahme eines derartigen Vollstreckungsverhältnisses ist nicht zu trennen von der Frage, durch welchen Akt dieses Vollstreckungsverhältnis ins Leben gerufen wird. Hein, der in der Konstruktion eines derartigen Vollstreckungsverhältnisses nicht etwa nur eine theoretische Spielerei, sondern, wie weiter unten dargelegt [3]), einen Behelf von großer praktischer Bedeutung erblickt, hat dieser Frage eine eingehende Beachtung geschenkt. Hein geht davon aus, daß das Gesetz, wenn es in den § 750 ff. Z.P.O. von dem eigentlichen Beginn der Zwangsvollstreckung spricht, die Möglichkeit eines vollstreckungsrechtlichen Handelns schon voraussetzt, Diese Möglichkeit, das Vollstreckungsverfahren ins Werk zu setzen und durch Stellung von Anträgen zu

---

[1]) So insbesonders Hein, Identität, Seite 189, ebenda II, Seite 6 ff., Rosenberg, Lehrbuch, Seite 566.

[2]) Hein a. a. O.

[3]) Seite 46.

betreiben, gewährt dem Gläubiger nicht der für den Vollstreckungsbetrieb grundsätzlich gleichgültige Titel, sondern dessen vollstreckbare Ausfertigung. Im Vollstreckungsverfahren ist die Klauselerteilung der prozeßbegründende Akt und wird durch ihre Erteilung das Vollstreckungsrechtsverhältnis zwischen dem Staat und den in der Klausel bezeichneten Personen bestimmt und festgelegt.

Diese in kurzen Zügen geschilderte Auffassung Hein's ist nicht unwidersprochen geblieben [1]). Man hat die berechtigte Frage aufgeworfen, ob denn schon die bloße Möglichkeit, eine Vollstreckung ins Werk zu setzen, ein Vollstreckungsrechtsverhältnis begründet. Wie im Erkenntnisverfahren der Inhalt des Prozeßrechtsverhältnisses im Sinne der herrschenden Meinung durch die prozessuale Pflicht zur Entscheidung und Mitwirkung dazu gebildet wird, so wird man bei entsprechender Ausdehnung des Gedankens des Prozeßrechtsverhältnisses auf den Vollstreckungsprozeß doch auch verlangen müssen, daß durch die Schaffung des Vollstreckungsverhältnisses gewisse prozessuale Pflichten des Staates und der Parteien ausgelöst werden. Durch die Klauselerteilung aber wird irgendeine Pflicht des Staates zu einem vollstreckungsrechtlichen Tun nicht begründet. Wenn der Gläubiger von der ihm erteilten Klausel überhaupt keinen Gebrauch macht, etwa weil der Schuldner seine Schuld voll abgedeckt hat, soll dann trotzdem ein Vollstreckungsrechtsverhältnis bestehen? Befremdend ist auch die Vorstellung, daß im Sinne der Hein'schen Auffassung das Vollstreckungsrechtsverhältnis durch Organe des Prozeßgerichts ins Leben gerufen wird. Die Schaffung des Vollstreckungsverhältnisses durch den Urkundsbeamten widerspricht der im geltenden Recht allgemein anerkannten vollständigen Trennung der Zwangsvollstreckung vom Erkenntnisverfahren. Finden sich in der Hein'schen Auffassung nicht noch Anklänge an die längst überholte Anschauung Planck's [2]), nach der die Klausel der Vollstreckungsbefehl des mit der Vollstreckungsgewalt bekleideten Prozeßgerichts ist? Wie Walsmann in seiner

[1]) Besonders siehe Walsmann a. a. O., Seite 210.

[2]) Siehe oben Seite 40, Anm. 1.

kritischen Abhandlung über die Hein'schen Untersuchungen zutreffend hervorhebt, kann auch die von Hein geübte Identifizierung von Vollstreckungsrechtsverhältnis und Vollstreckungsverfahren nicht befriedigen. Hein meint, daß ein Versuch, die Entstehung des Vollstreckungsrechtsverhältnisses zu bestimmen, bislang nicht gemacht sei. Dieses sei um so mehr geboten, als das Gesetz in § 793 Z.P.O. eine allgemeine Norm über die im Vollstreckungsverfahren ergangenen Entscheidungen aufstellt. Hein will also offenbar die Entstehung des Vollstreckungsrechtsverhältnisses und den Beginn des Vollstreckungsverfahrens als ein und denselben Vorgang auffassen. Der Beginn eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ist aber kaum identisch mit der Schaffung des Vollstreckungsrechtsverhältnisses d. h. mit der Begründung der Möglichkeit, die Vollstreckung vom Staat verlangen zu dürfen. Zutreffend weist Walsmann darauf hin, daß in Konsequenz der Hein'schen Anschauung ein Zwangsvollstreckungsverfahren schon mit dem Vorhandensein eines Vollstreckungsbefehls im Mahnverfahren gegeben sein müßte. Rosenberg [1]), der sich eng an Hein anschließt, begnügt sich mit der Feststellung, daß: „Im Vollstreckungsverfahren" nicht zu heißen brauche „nach Beginn der Zwangsvollstreckung". Aber wie man auch im Erkenntnisverfahren nicht eher von einem Verfahren redet, als bis der Prozeß durch Klageerhebung eingeleitet und der Staat unter Mitwirkung der Parteien seine auf Entscheidung gerichtete Tätigkeit aufnimmt, ist auch im Vollstreckungsprozeß erst von einem Vollstreckungsverfahren die Rede, wenn der Staat auf Antrag seine auf Vollstreckung unmittelbar gerichtete Tätigkeit entfaltet. Die Zwangsvollstreckung und damit das Vollstreckungsverfahren beginnt demnach mit der ersten unmittelbar auf Vollstreckung gerichteten Handlung. Alle Handlungen, also insbesonders die Klauselerteilung, die nur der Vorbereitung des Verfahrens dienen, gehören zwar organisch zur Vollstreckung, liegen aber außerhalb derselben und gehören deshalb nicht zum eigentlichen Vollstreckungsverfahren [2]).

---

[1]) Rosenberg, Seite 586.

[2]) So insbesonders auch Stein-Jonas, Bem. VII vor § 704 Z.P.O.

Ob die Ansicht Örtmanns zutrifft, daß ein Vollstreckungsverhältnis zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Vollstreckungsorganen vorliegt, braucht hier nicht mehr untersucht zu werden. Jedenfalls verdient aber die Annahme Hein's von dem durch die Klausel begründeten Vollstreckungsrechtsverhältnis keine Zustimmung.

Die praktische Bedeutung, die Hein der Konstruktion des durch die Klausel begründeten Vollstreckungsverhältnisses beilegt, erschöpft sich in der Lösung der in der Literatur und Praxis aufgetauchten beschwerderechtlichen Zweifelsfrage, die das Gesetz in § 793 Z.P.O. durch die Wendung: „Entscheidungen, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehen können" heraufbeschworen hat [1]). Nicht der Beginn der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 750 ff. Z.P.O., sondern die Erteilung der Klausel und damit die Begründung des Vollstreckungsrechtsverhältnisses bildet nach Hein das Kriterium, wann die einfache oder sofortige Beschwerde gegen eine vollstreckungsrechtliche Gerichtsentscheidung gegeben ist. So findet nach Hein die sofortige Beschwerde gegen den die Einwendung gegen die Klauselerteilung verwerfenden Gerichtsbeschluß statt, da dieser erlassen ist, nachdem das Vollstreckungsrechtsverhältnis durch die Klauselerteilung begründet ist und deshalb innerhalb des Vollstreckungsverfahrens liegt. Da aber alle die Handlungen, die nur der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dienen, außerhalb des Vollstreckungsverfahrens liegen, so kommt für die Anfechtung der dabei entlassenen Gerichtsentscheidungen die Vorschrift des § 793 Z.P.O. nicht zur Anwendung. Das Rechtsmittel gegen den die Einwendung gegen die Klauselerteilung verwerfenden Gerichtsbeschluß ist demnach die einfache Beschwerde. Wenn Rosenberg [2]) auf

---

[1]) So gibt z. B. Förster-Kann, Kommentar § 732 2, die einfache Beschwerde gegen den die Einwendungen gegen die Klauselerteilung verwerfenden Gerichtsbeschluß, weil die Klauselerteilung kein Teil des Vollstreckungsverfahrens sei, ebenso Stein, Kommentar, vor § 704 VII. Dagegen ist Örtmann, Seite 205, für die sofortige Beschwerde, weil § 732 Z.P.O. im 8. Buch der Z.P.O. steht. Auch Falkmann, Seite 131 ff. ist für die sofortige Beschwerde. Im einzelnen vergl. Hein, Identität II, Seite 6 ff.

[2]) Seite 586.

das nach seiner Ansicht unbefriedigende Ergebnis hinweist, daß gegen dieselbe Entscheidung, je nachdem, ob sie vor oder nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung ergangen ist, bald die einfache, bald die sofortige Beschwerde gegeben sein müßte, so übersieht er, daß es nicht darauf ankommt, ob die Entscheidung vor oder nach Beginn der Zwangsvollstreckung erlassen wird, sondern darauf, ob die anzufechtende Entscheidung sich auf die Akte bezieht, die nur der Vorbereitung der Vollstreckung dienen, oder ob es sich um Entscheidungen handelt, die bereits das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren betreffen.

Die Klauselerteilung führt noch nicht ohne weiteres zur Vornahme von Zwangshandlungen. Vielmehr muß wie im Erkenntnisverfahren auch hier das Verfahren betrieben werden und zwar durch Zugriffsanträge, die an das Vollstreckungsorgan zu richten sind. Nach § 754 Z.P.O. kann dieser Antrag schriftlich oder mündlich, also formlos, gestellt werden und genügen auch konkludente Handlungen, wie z. B. die Übersendung der vollstreckbaren Ausfertigung [1]). Dieser an den Gerichtsvollzieher gerichtete Antrag bedeutet die Inanspruchnahme der von dem Staat durch die Klauselerteilung zugesagten Bereitschaft zur Vornahme von Zwangshandlungen. Der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt das Vollstreckungsorgan zur Vornahme von Zugriffsakten, und zwar dem Schuldner und Dritten gegenüber. § 755 I Z.P.O. Das Gesetz hat in § 755 I 2 zugunsten dieser Personen an den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung die unwiderlegbare Vermutung geknüpft, daß der Gläubiger den Zugriffsantrag gestellt hat. Daher muß der Gläubiger die Handlungen des Vollstreckungsorgans gegen sich gelten lassen, auch wenn der Vollstreckungsantrag unterblieben oder nur in beschränktem Umfang gestellt ist [2]). Das bedeutet aber nicht, daß der Schuldner auch die Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen braucht, wenn das Vollstreckungsorgan eigenmächtig vorgeht [3]). Denn da der

[1]) Stein-Jonas, Kommentar, § 754.

[2]) So auch Stein-Jonas, Kommentar, § 755 II.

[3]) So noch Schmidt, Lehrbuch, Seite 899. Dagegen mit Recht die herrschende Meinung, vergl. Literaturangabe bei Förster-Kann, § 755 I.

Antrag auf das vollstreckungsrechtliche Tätigwerden erst die Inanspruchnahme der durch die Klauselerteilung zugesagten Zwangsbereitschaft des Staates bedeutet, handelt es sich bei dem Antrage um ein von dem Vollstreckungsorgan zu berücksichtigendes Formalerfordernis. Und die Nichtbeachtung dieses Erfordernisses ist es, die den Schuldner zur Geltendmachung des Rechtsbehelfes aus § 766 Z.P.O. berechtigt [1]). Aber der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung legitimiert das Vollstreckungsorgan dem Schuldner gegenüber nicht nur zur Vornahme von Vollstreckungsakten, sondern auch zu den in § 754 Z.P.O. erwähnten privatrechtlichen Handlungen. Es ist hier vom Gesetz eine unmittelbar auf diesem beruhende Vertretungsmacht geschaffen, die sich ganz ähnlich auswirkt, wie die Vollmacht in den Fällen der §§ 81, 83 Z.P.O., deren Inhalt die Partei nicht beschränken kann [2]).

Da nicht der Titel, sondern die vollstreckbare Ausfertigung den Gläubiger in die Lage versetzt, das Vollstreckungsverfahren durch Anträge gegen den Schuldner zu betreiben, darf grundsätzlich nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Andernfalls wäre der Schuldner der Gefahr einer doppelten Vollstreckung ausgesetzt. Nur unter besonderen Voraussetzungen wird eine zweite Klausel erteilt, § 733 Z.P.O. Den Hauptanwendungsfall des § 733 bildet der von dem Gläubiger glaubhaft gemachte Verlust der ersten vollstreckbaren Ausfertigung [3]). Da die Bestimmung des § 733 Z.P.O. nur die notwendige Folge jener maßgebenden Bedeutung der Klausel darstellt, mag dieser Hinweis auf § 733 Z.P.O. genügen.

---

[1]) Würde jeder Formalmangel nach Müllers Ansicht — darüber unten § 9 — Nichtigkeit zur Folge haben, so müßte auch hier Nichtigkeit eintreten. Dem widerspricht aber § 755 I 2, nach dem der Gläubiger die Handlungen des Gerichtsvollziehers gegen sich geltend lassen muß, auch wenn er keinen Vollstreckungsantrag gestellt hätte. Dieses Ergebnis ist mit dem Nichtigkeitsgedanken nicht zu vereinbaren.

[2]) Näheres über die Stellung des Gerichtsvollziehers siehe Stein, Grundzüge, Seite 110 ff.

[3]) Im einzelnen siehe über die Fälle des § 733 Stein, Komm. zu § 733 I.

III. Teil.

§ 8.

Das Ergebnis der bisher über die rechtliche Natur der Klausel angestellten Untersuchungen lief im wesentlichen darauf hinaus, daß das Vollstreckungsrecht grundsätzlich nur vom Titel, seine Ausübung dagegen nur von der Klausel abhängt. An diese Unterscheidung knüpfen sich außerordentlich wichtige Fragen: Welchen Einfluß hat die Vollstreckungsklausel auf die Vollstreckung, wenn entweder das von ihr bezeugte Vollstreckungsrecht von Anfang an fehlt oder nachträglich beseitigt wird; wirkt ein solcher Mangel ipso jure oder muß er geltend gemacht werden; bejahendenfalls, welche Möglichkeiten ergeben sich, um ihn zur Geltung zu bringen; ist die Vollstreckung wirksam, wenn umgekehrt ein Vollstreckungsrecht vorhanden ist, aber die Klausel fehlt oder in ihrem äußeren Bestande ordnungswidrig ist?

Der Vollstreckungstitel bildet den Tatbestand des Vollstreckungsanspruches, begründet und begrenzt das Recht des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung, sowie Recht und Pflicht des Staates zur Zwangsvollstreckung, er bestimmt deren Inhalt und Umfang und bestimmt schließlich, für und gegen wen das Vollstreckungsrecht gegeben ist. Die rechtmäßige Klausel soll die Titelsachlage richtig wiedergeben. Aber wenn dieses nicht geschieht? Was wird aus der Vollstreckung, wenn die vollstreckbare Ausfertigung infolge eines Versehens des Urkundsbeamten andere Parteien bezeichnet als die, für und gegen die der Titel vollstreckbar sein sollte, wenn der Urkundbeamte ein Urteil ausfertigt, das durch nachfolgende Entscheidung wieder aufgehoben ist, also der Partei einen Vollstreckungsanspruch überhaupt nicht gewährt? Das Vollstreckungsorgan darf diese Mängel, selbst wenn es sie kennt, nicht berücksichtigen; es muß sich ja an die vollstreckbare Ausfertigung halten, dem Vollstreckungsauftrage des durch die Klausel legitimierten Gläubigers Folge leisten und gegen den in der für ihn maßgebenden vollstreckbaren Ausfertigung bezeichneten Schuldner vor-

gehen. Aus der durch die Klausel bewirkten Verselbständigung des Vollstreckungsbetriebes von dem Vollstreckungsanspruche folgt, daß das Vollstreckungsverfahren durch die Anträge des Klauselinhabers betrieben und zur endgültigen Lösung gebracht werden kann, sofern der Schuldner sich nicht rührt und die Geltendmachung der Unzulässigkeit der Klausel unterläßt. Die Vollstreckung ist also publizistisch ordnungsmäßig, d. h. der Zwangszugriff wird in formaler Beziehung durchaus gedeckt durch die ordnungsmäßige vollstreckbare Ausfertigung, wenn auch hinter dieser ein wirksamer Titel nicht steht. Z. B. äußern die Pfändungen also die publizistische Wirkung der Verstrickung, sodaß sich der in der Klausel fälschlich bezeichnete Schuldner der Bestrafung wegen Pfandbruches aussetzen würde, wenn er über die gepfändeten Gegenstände verfügt [1]). Aber ist die Vollstreckung auch publizistisch rechtmäßig? Nein. Die Tatsache der Klauselerteilung allein erzeugt keinen Vollstreckungsanspruch für resp. gegen die Klauselparteien, Aber diese Unrechtmäßigkeit muß durch die im Gesetz bezeichneten Rechtsbehelfe geltend gemacht werden und kann nur geltend gemacht werden, solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist [2]). Erfolgt eine Anfechtung der Vollstreckung aus diesen Gründen nicht, entweder, weil der Berechtigte sie wegen der Beendigung der Zwangsvollstreckung nicht mehr geltend machen kann oder sie auch überhaupt nicht vornehmen will, so kann auch die Gültigkeit der Vollstreckung nicht in Zweifel gezogen werden. Durch den Untergang des Anfechtungsrechtes wird also der Mangel des Vollstreckungsanspruches geheilt [3]).

---

[1]) So auch Rosenberg, Seite 632.

[2]) Nach völliger Beendigung der Zwangsvollstreckung sind die Rechtsbehelfe aus §§ 732, 767, 768 Z.P.O. gegenstandslos, vergl. Kommentare Stein-Jonas und Förster-Kann zu diesen §.

[3]) Ob die Meinung Müllers, Seite 30 ff., zutrifft, daß mit dem Eintritte der prozessualen Unanfechtbarkeit der Vollstreckung auch die materielle Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes außer Frage gestellt ist, sofern es sich nur um Mängel in den sachlichen Vollstreckungsbedingungen handelt, gehört nicht mehr in den Rahmen der Arbeit. Ebensowenig die Fragen, ob und inwieweit materiellrechtliche Beziehungen zwischen den Klauselparteien durch einen solchen Vollstreckungsbetrieb ausgelöst werden. Wie im Text sonst Müller, Seite 46. Auch Örtmann, Seite 262, und Rosenberg, Seite

Hieraus ergibt sich als weitere Folge, daß dem Klauselgläubiger auch in diesen Fällen das Recht auf den erzielten Erlös zustehen muß, das Stein [1]) als aus dem Vollstreckungsanspruch fließend auffassen will, sodaß der Schuldner nachträglich aus dem Mangel des Titels nicht mehr die Rückgabe des Erlöses von dem Gläubiger verlangen kann.

Wird zu Unrecht für oder gegen bestimmte Personen die Klausel erteilt, sei es, weil ein rechtsgültiger Titel überhaupt fehlt oder bereits wieder aufgehoben ist, sei es, weil die von der Klausel in bezug genommene Titelausfertigung hinsichtlich der Subjekte der Vollstreckung ein Versehen enthält, sei es, daß der Tatbestand der Rechtsnachfolge zu Unrecht angenommen ist, kurz, weil ein Vollstreckungsanspruch überhaupt fehlt oder doch wenigstens für resp. gegen die in der Klausel bezeichneten Personen fehlt, so kann die bedrohte Partei diesen Mangel aufdecken und die Entkräftung der Klausel betreiben. Alle diese Fälle, in denen der bei der Klauselerteilung zu berücksichtigende Vollstreckungsanspruch zu Unrecht von der Klausel bezeugt wird, finden ihre regelmäßige Lösung durch § 732 Z.P.O., nach dem der Schuldner gegen die Zulässigkeit der Klausel Einwendungen erheben kann. In den Fällen, in denen der Titel bedingt ist oder für oder gegen andere als die in ihm bezeichneten Personen vollstreckt werden soll, kann der Schuldner nach Analogie der Vollstreckungsgegenklage des § 767 Z.P.O. die Klage aus § 768 Z.P.O. erheben, wenn er den Eintritt der Bedingung oder die Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel an diesen Gläubiger oder gegen sich bestreitet. Diese Klage bildet das Gegenstück zu der dem Gläubiger zustehenden Klage aus § 731 Z.P.O. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sodaß die Klage aus § 768 nicht auf Einwendungen gestützt werden kann, die bereits in dem Urteil auf die Erteilungsklage rechtskräftig zurückgewiesen sind [2]). Ebenso ist das

570, halten die Zwangsvollstreckung auf Grund einer Klausel, hinter der ein Vollstreckungsanspruch nicht steht, nur für vernichtbar, aber nicht für nichtig. Die Ungültigkeit des Titels soll der Gültigkeit der Vollstreckung nicht ohne weiteres schaden.

[1]) Stein, Grundfragen, Seite 84 ff.

[2]) So auch Rosenberg, Seite 585.

Einwendungsverfahren nach § 732 Z.P.O. unzulässig, wenn die Klausel im Wege der Erteilungsklage erwirkt ist, denn der Vollstreckungsschuldner konnte in dem Erteilungsprozesse die gegen das Vorhandensein eines Vollstreckungsspruches sprechenden Umstände dartun und auf diese Weise die Klauselerteilung verhüten. Die Rechtskraft des Erteilungsurteiles steht der späteren Geltungmachung solcher Umstände entgegen. Da weiter zwischen dem materiellen Anspruch und dem sich lediglich auf dem Titel aufbauenden Vollstreckungsanspruch wohl ein gedanklicher, aber kein positiv-rechtlicher Zusammenhang besteht, gehören Einwendungen gegen das Bestehen des materiell-rechtlichen Anspruches nicht unter § 732 Z.P.O. Hier bedarf es der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 Z.P.O., durch die der Schuldner den Vollstreckungstitel unschädlich machen kann, selbstverständlich nur durch Einwendungen, durch die die Rechtskraft des alten Urteils, um dessen Vollstreckbarkeit es sich handelt, nicht angetastet wird. Es bedarf noch der Erwähnung, daß derartige Einwendungen gegen den materiell-rechtlichen Anspruch, durch die im Wege der Vollstreckungsgegenklage der Titel unschädlich gemacht werden könnte, auch in dem Klauselerteilungsprozeß nach § 731 Z.P.O. erhoben werden können und zwecks Vermeidung ihrer Ausschließung vorgebracht werden müssen. Es wäre ja auch ein Unding, den Schuldner zu einem zweiten Prozeß nach § 767 Z.P.O. zu nötigen, wenn dessen Gegenstand in dem Klauselerteilungsprozeß mit erledigt werden könnte [1]). Gibt das Gericht dem Antrage der Einwendung nach § 732 Z.P.O. oder dem Klagantrage der Klage aus § 768 Z.P.O. statt, so erklärt es mit Rücksicht auf § 775 I Z.P.O. die Zwangsvollstreckung auf Grund dieser Klausel für unzulässig [2]). Aber damit ist noch nicht die vollstreckbare Ausfertigung beseitigt,

[1]) So auch Rosenberg, Seite 585 unter d.

[2]) So z. B. Stein, Kommentar zu § 732, 768, Rosenberg, Seite 587. A. M. Förster-Kann, Kommentar § 732, 2, d, nach dessen Ansicht die Klausel aufgehoben werden muß. Wäre aber die Klausel „aufgehoben", also nicht mehr da, so könnte der Gläubiger auch keine Vollstreckungsanträge auf Grund der aufgehobenen Klausel stellen. Er kann dies aber trotzdem tun, und zwar so lange, bis sich der Schuldner rührt und die Entscheidung nach § 775 I dem Vollstreckungsorgan vorlegt.

und hat der Gläubiger die Möglichkeit, gestützt auf die Klausel nach wie vor Zugriffsanträge zu stellen. Dem treten aber die Bestimmungen der §§ 775, 776 Z.P.O. entgegen, nach denen der Schuldner durch Vorlage der ergangenen Entscheidung die Vornahme weiterer Zwangsmaßnahmen verhindern und die Aufhebung der bereits erfolgten verlangen kann.

In diesem Zusammenhang bedarf noch die Frage nach der rechtlichen Natur der Vollstreckungsgegenklage und der Klage aus § 768 Z.P.O. einer kurzen Behandlung, da die rechtliche Bedeutung der Klausel auch bei der Erfassung der Rechtsnatur dieser Klagen eine Rolle spielt. Daß es sich bei der Vollstreckungsgegenklage nicht um eine Klage, gerichtet auf Feststellung der Nichtexistenz des Vollstreckungsanspruches handelt, weil die Existenz des Vollstreckungsanspruches von dem Vorhandensein des materiell-rechtlichen Anspruches unabhängig ist, bedarf nur der Erwähnung. Stein [1]) und andere meinen deshalb, daß die Klage aus § 767 auf Vernichtung des Vollstreckungsanspruches abziele, und sich aus diesem Ziele die Rechtsnatur der Klage als Gestaltungsklage ergäbe. Hein [2]) hat sich gegen eine solche Auffassung gewandt und darauf hingewiesen, daß dem auf die Vollstreckungsgegenklage hin ergehenden Urteil keine Gestaltungswirkung zukommen könne, die ihrem Sinne nach das Vollstreckungsverfahren unmittelbar beeinflussen müßte. Das träfe aber nicht zu, weil nach Aufhebung des Titels das auf die Klausel gestützte Zugriffsverfahren weitergehen könne und in seiner Wirksamkeit und Ordnungsmäßigkeit durch die Aufhebung nicht berührt würde. Eine Ablehnung der auf die Klausel gestützten Zugriffsanträge fände erst statt, wenn der Unzulässigkeitsausspruch gemäß § 775 Z.P.O. vorgelegt würde. Diese Argumente sprechen nicht gegen die herrschende Meinung. Denn Hein's Ausgangspunkt, die rechtsgestaltende Wirkung des Urteils müßte sinngemäß das Vollstreckungsverfahren selbst beeinflussen, ist willkürlich gewählt. Rechtsgestaltend ist das Urteil ja schon dann, wenn es die Rechtsfolge schafft, daß das

[1]) Stein, Kommentar § 767 I Z.P.O., auch Örtmann, Seite 194, Förster-Kann, Kommentar, § 767 N. 1.

[2]) Hein, Identität II, Seite 9 ff.

bisher aus dem Titel fließende Vollstreckungsrecht, das ohne das Urteil weiter vorhanden wäre, beseitigt wird. Mit Recht weist aber Hein weiter darauf hin, daß die Vernichtungslehre im Sinne Stein's für die Erfassung der rechtlichen Natur der Klage aus § 768 Z.P.O. versagt [1]). Denn in den Fällen, die § 768 Z.P.O. im Auge hat, handelt es sich ja garnicht um die Vernichtung des Vollstreckungsanspruches, sondern um die unrichtige Klauselerteilung, weil der Vollstreckungsanspruch entweder überhaupt nicht entstanden ist — der angebliche Rechtsnachfolger ist in Wirklichkeit kein Rechtsnachfolger und hat deshalb keinen Vollstreckungsanspruch — oder noch nicht liquide ist (§ 726). Von einer Vernichtung eines überhaupt nicht vorhandenen Vollstreckungsanspruches kann wohl keine Rede sein. Angriffsobjekt ist in den Fällen § 768 Z.P.O. nur die Klausel, nicht etwa der Vollstreckungsanspruch. Wie bei der Klage aus § 731 Z.P.O. auf Klauselerteilung handelt es sich auch bei der Klage aus § 768 um eine Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung, daß die Klauselerteilung unzulässig war.

Die vom Gesetz zwischen § 768 und 767 Z.P.O. geforderte Parallele äußert sich nicht darin, daß beide Klagen nun notwendig die gleiche Rechtsnatur haben müssen, sondern äußert sich in den gleichen Wirkungen, die beide Urteile in der Hand des obsiegenden Vollstreckungsschuldners haben. Beide Urteile geben ihm die Möglichkeit, durch ihre Vorlage nach § 775 Z.P.O. den auf die Klausel gestützten Zugriffsanträgen des Gläubigers entgegen zu treten und die Vornahme der Vollstreckungshandlungen zu unterbinden, sowie die Aufhebung der bereits vorgenommenen nach § 776 Z.P.O. herbeizuführen [2]).

Die dem Gläubiger durch die vollstreckbare Ausfertigung gegebene Möglichkeit, das Verfahren durch Stellung von Anträgen zu betreiben, führt zu der Frage, ob der Schuldner von dem Gläubiger etwa die Heraus-

---

[1]) Nach Stein, Kommentar, § 768 I, teilt die Klage aus 768 die rechtliche Natur der Klage aus 767.

[2]) So ähnlich auch Hein, Identität, Seite 9, nach dem beide Klagen auf Begründung eines vollstreckungsrechtlichen Abwehrrechtes zielen.

gabe der ohne Vollstreckungsanspruch erteilten Klausel verlangen kann und damit zu der Frage der Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung überhaupt. Das Gesetz regelt in § 757 Z.P.O. nur den Fall, daß der Vollstreckungsschuldner freiwillig Zahlung leistet, oder die Vollstreckung bis zur endgültigen Befriedigung des Gläubigers durchgeführt worden ist. Hier hat das Vollstreckungsorgan die Amtspflicht, dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung auszuhändigen. Aber hat der Schuldner auch einen privat-rechtlichen Herausgabeanspruch gegen den Gläubiger, der dann von größter Bedeutung ist, wenn sich die vollstreckbare Ausfertigung in der Hand eines sachlich nicht berechtigten Gläubigers befindet? Man hat sich fast allgemein für einen derartigen Anspruch entschieden, wenn auch mit verschiedener Begründung [1]). Die zutreffende und durchaus als herrschend zu bezeichnende Lehre gibt dem Schuldner nach Analogie des § 731 B.G.B. den Herausgabeanspruch auf die vollstreckbare Ausfertigung, da sie nicht nur das Vollstreckungsrecht bezeugt, sondern darüber hinaus dem Gläubiger sogar die Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung einräumt. Mit Recht weist Örtmann [2]) darauf hin, daß alle die Gründe, die es unerwünscht machen, den Schuldschein nach getilgter Schuld beim Gläubiger zu belassen, auch hier zutreffen. Eine Einziehung der ungerechtfertigten Klausel von Amtswegen ist der Z.P.O. fremd. Hein [3]) sucht eine solche Einziehung damit zu rechtfertigen, daß der Vollstreckungsgläubiger die Erteilung der Klausel nur kraft des Vollstreckungsanspruches verlangen kann, bei dessen Fehlen aber durch die Klausel ungerechtfertigt bereichert wird. Der Staat hat gegen ihn einen publizistischen Bereicherungsanspruch, gerichtet auf Beseitigung des an die Klausel geknüpften Rechtes. Dieser Zweck wird durch die Einziehung der Klausel erreicht. Aber abgesehen davon, daß die Heranziehung des rein privat-rechtlichen Gesichtspunktes der ungerechtfertigten Bereicherung höchst zweifelhaft ist, kann nicht eingesehen werden, aus welchen Gründen

---

[1]) Vergl. hierüber statt aller Örtmann, Seite 208.

[2]) Örtmann, a. a. O.

[3]) Hein, Identität, Seite 202 ff.

der Staat dem Schuldner vorgreifen soll, zu dessen Schutz sowieso ausreichend Vorsorge im Gesetz getroffen ist, zumal es auch wohl denkbar ist, daß der von der Klausel bezeugte Vollstreckungsanspruch zwar formal nicht besteht, wohl aber der materiell-rechtlichen Sachlage entspricht, und der Schuldner deshalb gegen die Vollstreckung nichts unternehmen will.

§ 9.

Die auf Grund einer ordnungsmäßigen Vollstreckungsklausel, aber ohne Vollstreckungsanspruch vorgenommene Zwangsvollstreckung war nach den vorhergehenden Untersuchungen nur vernichtbar, nicht aber ipso jure nichtig. Was aber wird aus der Zwangsvollstreckung, wenn umgekehrt der Vollstreckungsanspruch gegeben ist, aber die Klausel überhaupt fehlt oder eines der Erfordernisse fehlt, die den gesetzmäßigen Inhalt der Vollstreckungsklausel ausmachen. Diese Frage führt zu der Frage der Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt. Müller [1]) hat den Nachweis zu erbringen versucht, daß der Mangel eines sachlichen Erfordernisses der Zwangsvollstreckung nur Anfechtbarkeit, der Mangel eines Formalerfordernisses aber Nichtigkeit zur Folge hat. Ob Müller's Lehre in allen Fällen zutrifft, in denen die Verletzung eines Formalerfordernisses in Frage steht, das zu untersuchen ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Es sei nur darauf hingewiesen, daß es doch immerhin bedenklich ist, schlechthin bei formalen Verstößen den Entscheidungen der mit Gerichtsgewalt ausgestatteten Behörden, der Vollstreckungsgerichte, oder den amtlichen Maßnahmen der Vollstreckungsbeamten jede Wirksamkeit abzusprechen. So hat es denn auch an gegenteiligen Ansichten in der Literatur nicht gefehlt [2]). Man wird möglicherweise je nach Eigenart und rechtspolitischer Bedeutung der einzelnen Formalerfordernisse der Vollstreckung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit unterscheiden müssen. Mit Recht hält Örtmann [3]) eine

[1]) Müller, Wirksamkeit des Pfändungspfandrechtes, Seite 5 ff.
[2]) Vergl. selber Müller, a. a. O., Seite 7 ff.
[3]) Örtmann, System, Seite 161.

aprioristische Entscheidung im allgemeinen über diese Frage für vorschnell und unstatthaft. Fast allgemein einig ist man sich aber in der Frage nach der Wirksamkeit einer ohne ordnungsmäßige Vollstreckungsklausel vorgenommenen Vollstreckung. Da die Vollstreckungsklausel die notwendigste Grundlage für den Vollstreckungsbetrieb bedeutet und da sie erst dem Vollstreckungsorgan die Exekutionsbefugnis des Gläubigers bezeugt, wäre es reine Willkür, wenn das Vollstreckungsorgan ohne vollstreckbare Ausfertigung gegen den Schuldner Zwangsmaßnahmen vornehmen würde, oder wenn er die Vollstreckung gegen eine Person richtet, die in der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels überhaupt als Vollstreckungspartei nicht genannt ist [1]). Solche Willkürakte des Vollstreckungsorgans entbehren der Rechtswirksamkeit [2]). Gegen einen solchen Vollstreckungsversuch muß dem Schuldner Notwehr gestattet sein; die eigenmächtige Pfandentziehung des Vollstreckungsschuldners ist nicht nach § 137 St.G.B. strafbar. Da die Klausel die unumgängliche Grundlage jeder Vollstreckung bildet, hat auch der Mangel eines den gesetzmäßigen Inhalt der Klausel bildenden Erfordernisses die Nichtigkeit der auf Grund einer solchen ungesetzmäßigen Vollstreckungsklausel vorgenommenen Zwangsmaßnahmen zur Folge. Fehlt also in der Klausel die ausdrückliche Erwähnung der Anordnung des Vorsitzenden [3]) oder der Offenkundigkeit oder der Urkunden, so liegt eine gesetzmäßige Klausel ebenso wenig

---

[1]) Dies ist selbstverständlich nicht so gemeint, als wenn die gegen den klauselmäßigen Vollstreckungsschuldner gerichtete Vollstreckung auch dann nichtig wäre, wenn von ihr ein einem Dritten gehörender Gegenstand mitergriffen ist. In diesem Falle betrifft der Fehler nur den zufälligen Gegenstand des korrekten Vollstreckungsaktes.

[2]) Fast allgemeine Meinung. So Müller, Seite 130 ff., Rosenberg, Seite 570, Stein-Jonas, Kommentar zu § 724 Z.P.O., A. M. Hein, Identität, Seite 241, der darauf hinweist, daß Stein, Kommentar, § 766 Z.P.O., Anm. 27, dem Vollstreckungsschuldner gegen das ohne Vollstreckungsklausel betriebene Verfahren die Erinnerung nach § 766 gewährt. Ein Vollstreckungsakt, der mit der Erinnerung angefochten werden könnte und müßte, sei nicht „nichtig". Hein übersieht aber, daß der Schuldner durch nichtige Vollstreckungsmaßnahmen beschwert sein kann. Soll er dagegen nichts unternehmen können?

[3]) Natürlich nur soweit diese erforderlich ist, vergl. oben Seite 38.

vor, als wenn die Unterschrift fehlt. Dasselbe gilt auch dann, wenn die Klausel auf einen Titel aufgebaut ist, der überhaupt keinen Titel im Rechtssinne darstellt. Die sich an den Mangel einer ordnungsmäßigen Klausel knüpfende Unwirksamkeit der trotzdem vorgenommenen Vollstreckung kann auch nicht etwa dadurch geheilt werden, daß sich der Schuldner ausdrücklich mit der ohne Klausel vorgenommenen Vollstreckung einverstanden erklärt. Eine solche Erklärung äußert ebenso wenig eine Rechtswirksamkeit, wie die zwischen Gläubiger und Schuldner getroffene Vereinbarung, ersterer solle auch ohne Klausel zum Betreiben der Vollstreckung berechtigt sein [1]).

Hiernach ergibt sich folgende Systematik: Die Vollstreckungsklausel darf ohne wirksamen Titel nicht erteilt werden. Wird sie aber trotzdem erteilt, so ist das auf Grund der Klausel vorgenommene Zwangsverfahren nicht unwirksam, wohl aber vernichtbar. Die Entscheidungen, die auf die gegen die zu Unrecht erteilte Klausel geltend gemachten Rechtsmittel ergehen, erklären zwar die Zwangsvollstreckung für unzulässig. Diese Entscheidungen wirken aber nicht ipso jure, sondern sind nur das Mittel durch das der Schuldner den auf Grund der Klausel beabsichtigten weiteren Vollstreckungshandlungen entgegentreten und die Aufhebung der bisherigen Maßregeln verlangen kann. Ist umgekehrt der Vollstreckungsanspruch gegeben, fehlt aber die Klausel oder eines der ihren gesetzmäßigen Inhalt bildenden Erfordernisse, so entbehrt das Verfahren seiner gesetzmäßigen Grundlage und damit der Rechtswirksamkeit.

[1]) Siehe auch oben Seite 38.

Lebenslauf.

Am 28. Juni 1904 wurde ich, Rudolf Karl Adolf Wegener, als Sohn des Postinspektors Theodor Wegener zu Schwerin i. M. geboren.

Nach dreijährigem Besuch der Vorschule trat ich Ostern 1914 in die Sexta des Realgymnasiums zu Schwerin ein. Ostern 1923 verließ ich diese Anstalt mit dem Zeugnis der Reife, um mich dem Studium der Rechte zu widmen.

Ich bezog zunächst die Universität Rostock und setzte im Wintersemester 1923/24 meine Studien auf der Philipps-Universität in Marburg fort. Seit dem Sommersemester 1925 war ich wieder bei der Universität Rostock bis zum Ende des Wintersemesters 1926/27 immatrikuliert. Am 8. März 1927 bestand ich vor der Prüfungsbehörde des Landgerichts in Rostock das Referendarexamen und legte am 5. Februar 1930 vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock die Doktorprüfung ab.

Rudolf Wegener.